This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

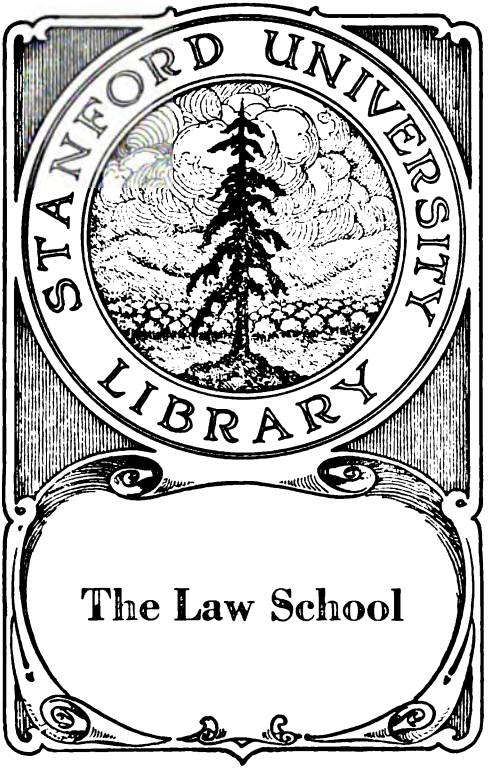
+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

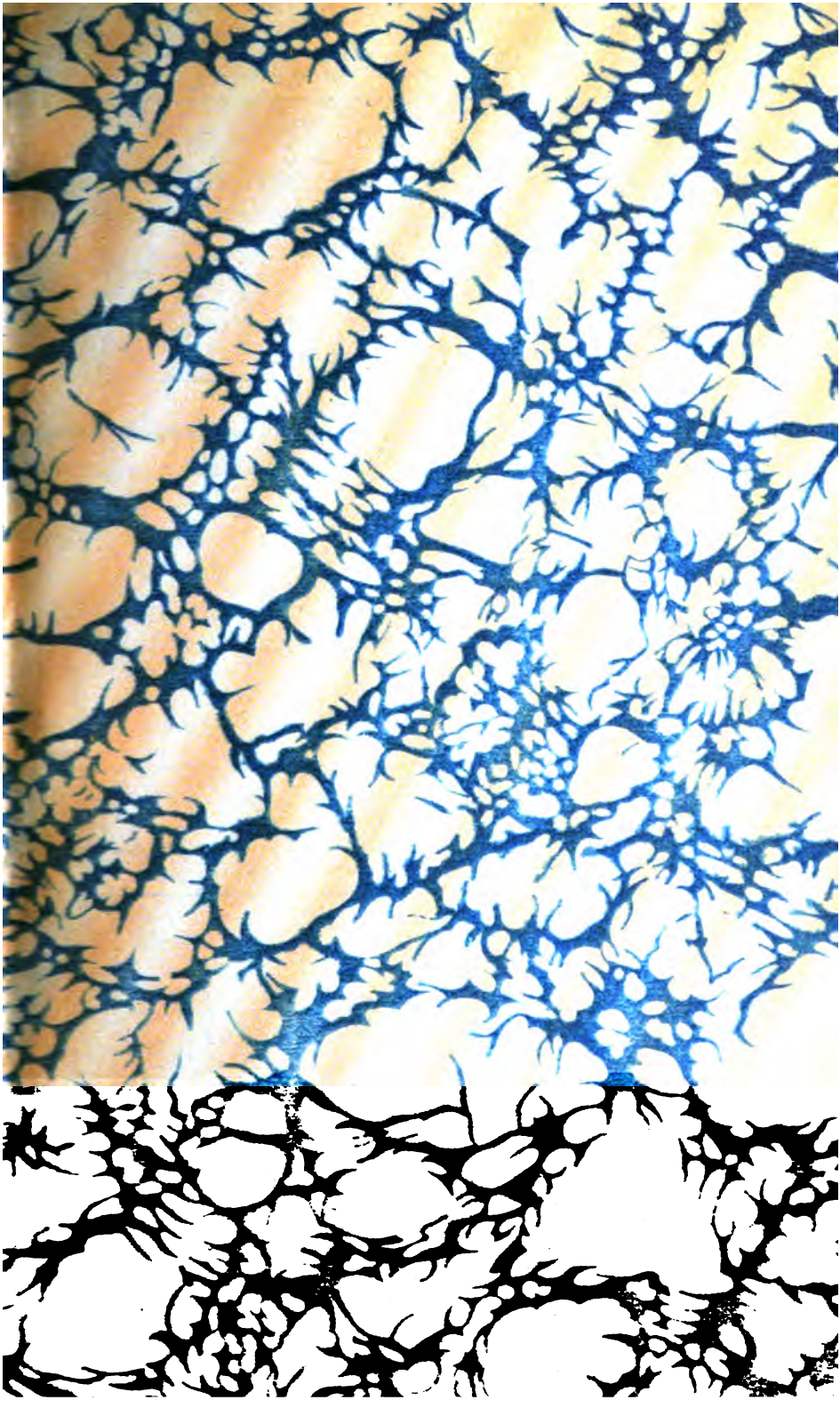
+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`



The Law School



JTI
LBE
L12

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE DROIT CIVIL

III

DES PERSONNES

III

Bordeaux, Y. Cadoret, impr., rue Poquelin-Molière, 17.

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

DROIT CIVIL

DES PERSONNES

PAR

G. BAUDRY-LACANTINERIE
DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

M. HOUQUES-FOURCADE
PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

TROISIÈME ÉDITION

Entièrement refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence.

TOME TROISIÈME

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL
22, Rue Soufflot, PARIS, 5e Arrt.
L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1908

L 3317

FEB

DU MARIAGE

(Livre I, titre V du Code civil)

INTRODUCTION HISTORIQUE

1326. Si les origines du mariage sortent jamais des ténèbres de la préhistoire qui les enveloppent, elles ne le devront point au droit naturel. Cette antique conception ne pouvait manquer de considérer les formes actuelles de cette institution comme aussi vieilles que le monde, et de conclure de leur existence dans les pays civilisés qu'elle avait été toujours et partout la même, depuis l'apparition du premier couple sur la terre. Les sentiments innés de la créature avaient donné aux rapports des sexes le caractère moral qu'ils devaient avoir dans le plan de son créateur.

La sociologie a cruellement soufflé sur ces illusions (1). Si elle n'a pu encore les remplacer par des vérités incontestées, du moins a-t-elle montré ce qu'avait de naïf cette croyance à l'universalité et à l'éternité des principes sur lesquels repose

(1) Cf. notamment H. Spencer, *Principes de sociologie*, trad. Cazelles, Paris, 1880-1887; Posada, *Théories modernes sur les origines de la famille, de la société et de l'Etat*, trad. de Zeltner, Paris, 1896; Giraud-Teulon, *Origines de la famille*, Paris, 1884; Starcke, *La famille primitive*, Paris, 1891, et *La famille dans les différentes sociétés*, Paris, 1899; Westermarck, *Origine du mariage dans l'espèce humaine*, trad. de Varigny, Paris, 1895; Lubbock, *Origines de la civilisation*, trad. Barbier, Paris, 1873; Summer-Maine, *Histoire des institutions primitives*, trad. Durieu, Paris, 1880; Bachofen, *Das Mutterrecht*, Stuttgart, 1861; Mac-Lennan, *Primitive mariage*, London, 1876; Morgan, *Ancient Society*, Londres, 1877; Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, Paris, 1886, I, p. 325 s.; Brissaud, *Manuel d'histoire du droit français*, Paris, 1899, p. 417 s.

la constitution de la famille, et étonné les esprits par la description des modes si variés et parfois, même pour les plus prévenus, si étranges qu'elle a revêtus ou revêt encore dans les différentes portions de l'univers. A vrai dire, à défaut de la science nouvelle, l'observation la plus simple aurait suffi sur ce point à faire justice des prétentions du droit naturel.

1327. Mais combien était-il loin de la réalité, s'il est vrai que l'union des sexes ait commencé par la promiscuité pure et simple et qu'elle n'ait eu pour causes originelles que des inclinations passagères ou les abus de la force brutale? Où apercevoir quelque chose qui ressemblât au mariage et qui pût éveiller même confusément l'idée que nous en avons, dans ces rapprochements fortuits, imposés, purement temporaires, cessant avec les circonstances qui les avaient amenés, ou même dans cette communauté un peu plus définie à laquelle on a donné le nom de « mariage communal » ou de mariage par groupes? Où trouver, même à l'état embryonnaire, dans ces rapports momentanés, les éléments d'une famille, si la famille ne peut naître que de la persistance des rapports des parents au delà de l'époque de la naissance de leur progéniture? Et toutefois, déjà voit-on poindre, du moins entre la mère et ses enfants, certaines relations plus étroites que celles qui les rattachent aux autres membres de la tribu, car le système de la « parenté par classes », c'est-à-dire au fond l'absence de la véritable parenté, ne saurait pas plus les supprimer qu'on ne peut supprimer la période dans laquelle c'est la mère, et non la tribu, qui doit prendre soin des jeunes.

Ce stade de l'humanité a-t-il réellement existé? Cette hypothèse est-elle vraiment corroborée par les constatations qui ont été faites dans des peuplades sauvages, et doit-on considérer comme des survivances de cet état primitif certaines pratiques comme l'inceste, la prostitution dans les temples des divinités, l'hétaïrisme hospitalier, les mariages à l'essai ou les répudiations sans motifs, le *jus primæ noctis,* qui rappelleraient ces époques où l'union de l'homme et de la femme n'avait rien de moral ni de durable? Ou bien, au contraire, faut-il penser que le sentiment de la jalousie a été aussi vif chez nos premiers ancêtres que chez nous-mêmes, et assez développé pour

s'opposer à ce partage d'une possession qu'il est dans notre nature de rendre aussi exclusive que possible? Cette promiscuité ne suppose-t-elle pas, d'autre part, dans ces premiers âges, une sociabilité dont l'homme, à la recherche de sa nourriture, dut rester inévitablement éloigné, comme des animaux en quête de leur subsistance, et n'est-il pas plus naturel dès lors de présumer que le père dut rester uni à la femme pour assurer la survie et l'éducation des jeunes? L'existence enfin, de tout temps, de ce lien entre les diverses parties du groupe familial primitif ne nous est-elle pas attestée par certaines particularités du langage, qui semblent montrer que la désignation du père a précédé, dans la bouche de l'enfant, celle de la mère? Si l'obscurité de ces questions n'a pas découragé les sociologues, du moins ne permettra-t-elle pas de longtemps de retracer avec certitude les phases d'une évolution qui, d'ailleurs, a été sujette à s'accomplir différemment suivant les races et les lieux.

1328. Comment l'humanité s'affranchit-elle, et sous l'empire de quelles causes, de cet état de promiscuité absolue, si elle eut jamais à en sortir? Quelle fut la structure de la famille naissante qui s'éleva du sein de la tribu, où tous les rapports étaient restés jusque-là confondus? On ne saurait non plus rien affirmer à ce sujet. Selon une doctrine très en vogue depuis que Bachofen et Mac-Lennan lui ont, par des moyens différents, donné un corps, c'est sous le régime du matriarcat que cette famille se serait d'abord constituée. La mère serait devenue naturellement le centre comme le point de départ des affections qui se cherchaient et des volontés prêtes à s'associer pour leur commun profit : par une nécessité économique que l'élan des cœurs devait rendre invincible, le lien qui l'unissait à sa progéniture se resserrait au point que celle-ci lui appartenait en propre et n'appartenait qu'à elle, et que les générations ne se reliaient les unes aux autres que par le système de la parenté utérine. Peut-être d'ailleurs la femme, à raison de sa faiblesse, n'exerçait-elle pas les pouvoirs d'un chef dans le groupe nouvellement formé, et l'autorité y était-elle entre les mains d'un de ses proches, plus capable de la faire respecter, comme elle ne saurait l'être dans un régime

de « gynécocratie ». En tout cas la reconnaissance des relations de filiation qui unissaient désormais les membres d'un même groupe les uns aux autres n'allait par tarder, par un nouveau et considérable progrès, à rétrécir le cercle des personnes entre lesquelles pouvaient se former les rapports qu'autorisait la promiscuité. A quelque sentiment inné ou à quelque raison instinctive qu'elle fût due, fût-ce simplement à un instinct développé par la sélection naturelle et assez puissant pour faire obstacle aux unions consanguines, nuisibles à l'avenir de l'espèce, l'horreur de l'inceste, poussée plus ou moins loin, devait travailler à la moralisation des rapports des sexes et les rendre, par des transformations successives, de plus en plus durables et exclusifs. Sous cette influence, les contours de la famille allaient se préciser, alors qu'ils se fondaient auparavant dans les limites mêmes de la tribu, et la femme allait tendre de plus en plus à sortir du domaine commun, pour devenir la propriété particulière de quelques hommes, comme dans la polyandrie, ces hommes fussent-ils frères, ou même la possession d'un seul, marié à plusieurs épouses, comme dans le régime de la polygynie.

1329. Mais la phase du matriarcat ne pouvait pas être le dernier terme de cette évolution. De l'aveu même de ceux qui se sont efforcés d'en démontrer l'existence, s'il n'était pas opposé aux divers caractères et à la situation de l'espèce humaine à ses origines, contrairement à ce qu'ont soutenu avec Summer Maine tous ceux qui pensent, et ils sont nombreux, que le patriarcat a apparu avec le premier couple, du moins convient-on qu'il n'était pas favorable à l'avenir de la race. La précarité et l'instabilité des rapports des parents ne pouvaient qu'être fatales aux jeunes générations : elles devaient trouver, au contraire, dans leur persistance prolongée la plus efficace et la plus indispensable des protections. Cet abandon par le père de ceux qui lui devaient la vie allait de plus en plus apparaître comme une renonciation inexplicable aux droits qu'il tenait de la nature et comme une abdication imprudente du rôle tutélaire qu'elle l'appelait à remplir auprès d'eux. A mesure qu'il prenait conscience de ce rôle, et qu'il obéissait ainsi à un instinct qui s'impose à tant

d'animaux qu'il est permis de se demander comment l'homme put jamais échapper à son empire, les conflits qui s'élevaient entre lui et l'autorité gardienne des droits de la famille maternelle menaçaient de devenir plus nombreux et plus redoutables. Ils cessèrent, à l'avantage général, du jour où cette autorité passa, comme elle fit peut-être dès les temps primitifs, à celui que sa force physique et d'autres qualités encore désignaient pour être le centre et le chef de la famille, qui prit alors la forme patriarcale. Ainsi naquit le système de la parenté par les mâles ou parenté agnatique, groupant tous ceux qui étaient placés sous l'autorité du même homme, lui fussent-ils ou non parents par le sang, à commencer par la mère elle-même, laquelle pouvait se trouver ainsi, par rapport au chef, exactement de même condition que ses enfants. Cette autorité dut être naturellement très forte à une époque où elle devait être conçue plutôt comme un pouvoir que comme un devoir, et prendre une force encore nouvelle lorsque l'institution des cultes privés eut fait des divinités domestiques de ceux qui en avaient joui de leur vivant. Aussi la personnalité de ce maître, qu'on adorait après sa mort, absorba-t-elle longtemps d'une façon complète celle de tous les individus placés sous sa puissance, sans distinction entre l'épouse, les enfants qui en étaient issus, et tous ceux qui, à un titre et à un degré quelconques, libres ou esclaves, consanguins ou non, se rattachaient à la même famille. Considérés même souvent comme la vraie propriété du chef, à ce point qu'il jouissait sur eux du droit de vie et de mort, ils ne vivaient guère que de son existence et pour lui; et dans le domaine des biens ils ne pouvaient être appelés dès lors qu'à lui servir d'instruments d'acquisition et de moyens d'enrichissement.

1330. La famille patriarcale, qui par sa constitution même devait être très nombreuse, puisqu'elle groupait autour d'un même foyer toute une série de générations que l'âge était impuissant à soustraire à l'autorité de l'ancien, et qu'elle s'augmentait de tous ceux qu'une autre cause que la parenté par le sang y avait fait entrer de gré ou de force, le fut plus encore dans les temps où fut pratiquée la polygamie,

actuellement encore en vigueur dans un grand nombre de pays. Beaucoup de causes contribuèrent, comme elles le font aujourd'hui là où elle persiste, à donner cette forme au mariage. L'humeur capricieuse du mari, la séparation des époux pendant la grossesse de la femme et l'allaitement de l'enfant, parfois prolongée pendant des années par le préjugé populaire ou la coutume, le désir aussi de s'assurer des aides nombreux pour l'exécution du travail et de rendre par là moins lourde la tâche de chacun de ses auxiliaires, la préoccupation d'avoir de multiples héritiers et de se prémunir contre les chances de stérilité de l'épouse, le sentiment que la puissance d'un homme se mesure au chiffre de sa progéniture, c'est à ces divers motifs qu'ont été dues l'origine et la pratique de la polygynie, favorisée parfois par la supériorité numérique des filles sur les mâles, par le procédé rudimentaire de la formation du mariage au moyen de la simple capture, et par la grossièreté générale des mœurs.

1331. Aussi bien, là où les conditions ne furent point favorables, ou à mesure qu'elles cessèrent de l'être, la polygynie resta inconnue ou tendit à ne devenir que le privilège discutable de quelques-uns. Dans les races ou les contrées où les hommes l'emportaient considérablement en nombre sur les femmes, soit par suite de l'infanticide des filles, soit peut-être à raison du développement des mariages consanguins lorsque régnait l'endogamie, ce fut tout au contraire l'étrange régime de la polyandrie qui s'établit. L'union d'une femme avec plusieurs maris, parents ou non, souvent frères, est susceptible de s'expliquer aussi comme une survivance partielle de l'ancienne promiscuité de la tribu, ou comme une espèce économique de mariage, si la femme doit être achetée, ou comme un moyen de laisser en commun, en y mettant l'épouse même, toutes les possessions de la famille, ou peut-être enfin comme une nécessité de la protection du ménage pendant les absences de son chef, lequel est alors suppléé par ses associés.

1332. Mais l'évolution sociale des peuples dut les éloigner de plus en plus de la polygynie. Elle n'avait pu y apparaître que par la puissance de la force brutale, chez ceux

dans lesquels l'importance respective des deux sexes était à peu près égale, puisque l'union polygame de l'un y imposait le célibat à un ou plusieurs autres. Et c'est encore l'inégalité des conditions, surtout sous le rapport pécuniaire, qui put ailleurs en assurer le maintien, mais dans une mesure de plus en plus faible. D'une part, en effet, la polygamie était interdite au plus grand nombre par la nécessité d'obtenir la femme de ses parents à titre onéreux et moyennant un prix qui s'élevait toujours davantage. D'autre part elle cessait de plus en plus d'être économiquement profitable, pour devenir en elle-même une charge d'un poids sans cesse croissant, à mesure que, par le progrès des idées et les perfectionnements de l'outillage, l'épouse était délivrée du rôle de bête de somme et d'instrument de travail. Au point de vue social aussi, elle perdait de son importance en même temps que, par les développements de la fortune publique, les possessions mobilières ou immobilières en prenaient une de plus en plus grande et conféraient matériellement le pouvoir, que donnait jadis la domination qu'on exerçait sur une grande famille. Et enfin la puissance des sentiments humains s'affirmait avec une intensité grandissante, par suite de l'adoucissement des mœurs générales : la passion tendait de plus de plus à avoir un objet exclusif et finissait par se concentrer sur un seul être, pour la femme, dont la polygynie avait dû froisser tous les sentiments, comme pour l'homme lui-même, qui s'appliquait à respecter sa compagne et l'associait toujours plus étroitement et jalousement à son existence. Insensiblement donc, même avant qu'il eût totalement renoncé à la polygamie, il accordait la prééminence à l'une de ses épouses, tandis que les autres passaient à l'état de subordonnées, en attendant qu'elles finissent par être chassées de la famille ou réduites au rang de véritables concubines, si l'affection du mari ne s'en était pas encore complètement détournée.

1333. Ce que la famille perdait en volume avec le mariage monogame, elle allait le regagner amplement en cohésion et en intimité. Les rapports entre époux devenaient plus confiants et plus étroits en se moralisant de la sorte ; la paix, troublée jadis par la rivalité de celles qui étaient appelées à

se partager une même affection, renaissait dans le ménage. La communauté d'origine des enfants rétablissait entre eux cette sympathie mutuelle, dont on conçoit difficilement la possibilité entre descendants de mères jalouses elles-mêmes les unes des autres. Par tous les côtés à la fois, la concorde rentrait dans la famille monogame, et ses destinées étaient d'autant mieux assurées que l'unité de vues y était plus parfaite. Physiquement aussi bien que moralement, la constitution en devenait plus forte et plus solide, par cela même que le nombre des enfants était plus réduit, que les parents leur étaient plus attachés, et qu'ils étaient mieux à même de leur prodiguer les soins que comporte le jeune âge.

Ainsi se fit il que, par la marche générale de la civilisation, les rapports des sexes en vinrent, dans les pays que nous mettons à la tête de celle-ci, à se déterminer sous le régime de la monogamie, qui fut peut-être, au reste, partout le régime primitif, si l'on en croit beaucoup de sociologues, et qui, chez les peuples polygames eux-mêmes, persista et persiste encore souvent pour un très grand nombre d'unions.

1334. En même temps que le mariage prenait ainsi ce caractère élevé dont nous concevons difficilement qu'on le dépouille, et que la communion familiale devenait plus étroite, l'association des deux êtres qui la fondent devenait, grâce à un progrès parallèle, plus volontaire et plus spontanée. Il s'en faut, en effet, que de tout temps leur entente ait été nécessaire, comme l'enseignait jadis le vieux droit naturel. A l'origine, la force dut présider au moins autant que l'attrait aux rapprochements d'où devait sortir la famille nouvelle. Dans le groupe, puis en dehors de lui et de tribu à tribu, c'est elle qui, par la capture réalisée en troupe ou isolément, par le rapt plus ou moins violent, associa la femme pour plus ou moins longtemps à la fortune d'un homme. L'histoire de certains peuples rappelle ce que l'observation directe constate actuellement pour d'autres, et les formalités du mariage nous ont conservé chez beaucoup, dans des simulacres d'enlèvement, un vestige des époques où il fut une vivante réalité.

1335. Mais, pour éviter les représailles que devaient entraîner à leur suite ces actes de violence, on en vint à payer

d'avance le prix de la composition à laquelle on aurait été obligé en cas de rapt, et l'achat se substitua ainsi à la capture dans la conclusion du mariage. Ce fut donc la famille qui, dès qu'elle se fut constituée, vendit au futur époux, à plus ou moins chers deniers, le droit de propriété qu'elle avait sur l'un des siens : comment l'eût-on personnellement consulté, alors qu'on le traitait ainsi comme un simple objet d'échange? Souvent d'ailleurs le futur mari dut s'astreindre à une sorte de servitude volontaire plus ou moins longue, et aller se mettre lui-même à la disposition temporaire de cette famille pour mériter la jeune fille, soit qu'il fût trop pauvre pour en fournir, en bestiaux ou en argent, la valeur fixée, soit que les parents de celle-ci préférassent le garder quelques années à leur service, pour le mieux connaître ou pour l'asservir.

1336. L'adoucissement des mœurs dut finir par laisser entrevoir la grossièreté de cette coutume. Le prix d'achat chercha d'abord à se dissimuler sous la forme de cadeaux, destinés à se concilier les bonnes grâces de la famille dans laquelle le futur mari voulait prendre femme. Puis, par un progrès ultérieur, qui effaçait davantage encore le caractère de l'ancienne opération à titre onéreux, et qui ne fut du reste réalisable qu'à partir du moment où le rôle de l'épouse, son indépendance et sa dignité furent réellement reconnus, la somme donnée par son conjoint lui fut à elle-même constituée en dot et en douaire, d'abord par ses parents qui continuaient à la recevoir, puis sans intermédiaire et directement par le mari. Elle fut ainsi considérée comme ayant pour objet, soit de permettre à la femme de vivre sur ses propres ressources après la dissolution du mariage, soit de la faire contribuer sous cette forme au soutien des charges du ménage. Mais cette dernière conception de la dot devait logiquement amener à la faire fournir par la femme elle-même, et non point par le mari. Et c'est pourquoi l'apport de l'épouse dut tendre à devenir ce qu'il est maintenant, à partir du jour où elle eut le droit d'avoir un patrimoine propre, parfois avant son mariage, et une vocation à des successions dont sa qualité l'avait fait primitivement exclure. Par sa fortune,

comme par la liberté qu'on dut naturellement lui laisser lorsqu'on cessa véritablement de la vendre, par ce progrès simultané de son indépendance pécuniaire et de son indépendance personnelle, qui contribuaient toutes deux et tour à tour à leurs développements respectifs, la femme devint ainsi de plus en plus l'arbitre de ses destinées et recouvra, pour le choix de son époux, ce droit que la force physique et l'autorité morale de la famille lui avaient successivement ravi.

1337. On pressent que la situation de la femme vis-à-vis du mari dut différer, suivant que la famille revêtit la forme du matriarcat ou du patriarcat et que le mariage fut polygame ou monogame. Si elle resta complètement libre dans ses rapports avec lui, tant que son conjoint n'entra point dans le groupe auquel elle appartenait elle-même, elle n'en fut pas moins placée dans une position de dépendance plus ou moins absolue vis-à-vis des chefs de ce groupe, puisqu'elle semble n'avoir jamais été elle-même *caput familiæ* à cette époque, à supposer qu'elle ait existé : son frère aîné ou son oncle maternel exerça donc, sur elle et sur les enfants qui en étaient issus, une autorité qui put être tout aussi oppressive que la puissance maritale la plus tyrannique. Le régime patriarcal ne la fit guère changer que de maître, tant du moins qu'il conserva sa rigueur primitive, car, ou bien elle restait, même mariée, dans sa propre famille, et son époux ne pouvait tout au plus qu'occuper un degré intermédiaire entre elle et le chef de celle-ci, ou bien elle passait dans une famille nouvelle, pour s'y retrouver dans la même situation dépendante. Puis, lorsque ce régime se relâcha de sa sévérité, ce fut le mari qui dut hériter à son tour de la puissance que lui abandonnait son propre père. Peut-être la femme y gagna-t-elle tout au moins d'être directement sous le pouvoir d'un homme sur lequel elle pouvait exercer l'ascendant qu'elle devait à ses charmes. Et, même dans l'union polygame, elle put se relever de la position humiliée qui lui était faite, en s'élevant parmi ses compagnes au rang de favorite ; même à l'époque où elle avait été capturée ou achetée, elle put parvenir à exercer une certaine domination sur celui qui l'avait ainsi conquise.

1338. Cette domination néanmoins dut rester précaire tant

que la femme eut à lutter à la fois contre la rudesse des sentiments de l'époux et contre les entreprises ou les retours d'influence de ses rivales. En même temps qu'elle la délivra de cette concurrence installée au foyer même du ménage, la monogamie lui permit de conquérir et de s'attacher d'une façon plus définitive l'affection de son mari, et d'imposer de plus en plus à celui-ci le respect du rôle élevé qu'elle était appelée à remplir dans la famille. Et en même temps que sa situation morale y grandissait de la sorte, l'importance croissante de ses possessions personnelles y donnait aussi plus de relief au concours qu'elle apportait pour le soutien des charges communes. Elle en venait ainsi, par des affirmations de plus en plus marquées de son individualité, à se faire considérer, non plus comme la sujette, mais comme une associée de son mari, qui lui laissait encore les directions de la famille, mais qui de plus en plus était prête à les contrôler, parfois même à les lui disputer, et jalouse de se faire reconnaître à elle-même les droits personnels qui ne devaient pas être réputés absolument incompatibles avec l'autorité de son chef.

1339. On doit se borner ici à ces vues très générales sur l'évolution du mariage. Mais notre législation matrimoniale actuelle se comprend bien mieux, lorsqu'on recherche, fût-ce très succinctement, dans quelle mesure le droit romain, les coutumes barbares, le droit canon et nos principes modernes ont contribué à la former, et comment ces différentes influences se sont combattues, superposées ou confondues pour donner au lien conjugal la forme et les effets que nous lui connaissons.

1340. A Rome (1), la conception du mariage reçut naturellement la forte empreinte du système original de la *patria po-*

(1) Accarias, *Précis de dr. rom.*, 4e éd., I, n. 79 s.; Glasson, *Le mariage civil et le divorce*, 2e édit., Paris, 1880, p. 154 s., *Le consentement des époux au mariage*, Paris, 1866, n. 1 s.; Viollet, *op. cit.*, p. 327 s.; Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, Paris, 1891, p. 204 s.; Girard, *Manuel de droit romain*, Paris, 1906, p. 146 s.; Lefebvre, *Introduction à l'histoire du droit matrimonial français*, Paris, 1899, p. 44 s.; Ginoulhiac, *Histoire du régime dotal et de la commun. en France*, Paris, 1842, p. 51 s.; Laboulaye, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes*, Paris, 1843, p. 11 s.; Paul Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, 2e édit., Paris, 1885, p. 87 s.

testas, qui compose le groupe de la famille de l'ensemble de tous les descendants *per masculos* d'un même individu et les range sous l'autorité absolue de celui-ci, le *paterfamilias*, appelé à gouverner tout dans sa maison, personnes et biens, comme un maître et presque comme un propriétaire. Ce pouvoir tout-puissant, auquel on ne peut, à quelque âge que ce soit, échapper que par la volonté de celui qui l'exerce, préside donc à la conclusion des *justæ nuptiæ*, peut-être dans les temps anciens jusqu'au point de les imposer à l'*alieni juris*, comme il y met fin aussi, en obligeant celui-ci à la répudiation contre laquelle il proteste. D'autre part, il continue à peser sur les époux, qui ne trouvent pas dans leur union, avec le moyen de s'en émanciper, la faculté de fonder une famille nouvelle, d'avoir un ménage économiquement distinct, d'être, pour leur personne et pour leurs biens, leurs propres maîtres comme les maîtres de leurs enfants. Mais, si le fils marié en justes noces pouvait ainsi demeurer dans l'étroite sujétion de son ancêtre, comment son épouse, qui appartenait à un autre groupe, pouvait-elle passer sous cette même domination souveraine? C'était par l'effet de la *manus*, qui, la faisant sortir de sa propre famille, la faisait entrer, toujours dépendante, dans celle de son conjoint, lui assurait la situation d'une petite-fille dans ses rapports avec le *paterfamilias*, celle d'une fille vis-à-vis de son mari, d'une sœur vis-à-vis de ses propres enfants, et, malgré le caractère étrangement artificiel de tous ces rapprochements, parvenait à la faire vivre dans une véritable communauté d'existence avec celui auquel la rattachait le lien conjugal.

1341. Mais cette communauté lui coûtait cher. Si elle la rendait agnate des parents de son époux et des enfants qui naîtraient d'elle, d'abord elle brisait du même coup tous les liens d'agnation qui avaient existé jusque-là entre elle et sa propre famille. Puis, dans le groupe où elle pénétrait, elle allait occuper une situation d'autant plus dépendante que la volonté qui l'y avait appelée pouvait de même l'en exclure, et que, au-dessus de l'autorité immédiate qui, de fait, devait appartenir à son mari, s'exerçait encore un pouvoir supérieur, que ne tempéraient pas nécessairement les mêmes sentiments

d'affection réciproque, et qui constituait seul cependant son unique recours, dans le cas où elle avait à se plaindre de celle-là. Puis encore, dépouillée de tous ses biens, et privée même de sa personnalité quant au patrimoine au profit de son *pater-familias*, c'est de lui qu'elle allait devoir attendre la part qu'il lui ferait dans son testament, qui prononçait parfois son exhérédation. Enfin, par une cruauté qui devait lui être plus sensible, la mère ne puisait dans cette sorte de mariage aucun droit propre, aucune autorité vis-à-vis de ses enfants, ni pendant qu'il durait, ni après sa dissolution, puisqu'il la faisait réputer comme étant envers eux *loco sororis;* et encore ce lien était-il d'autant plus fragile qu'il pouvait être brisé par une émancipation qui fît d'elle pour ces derniers, contre toute nature, une véritable étrangère.

1342. A la vérité, cette rude magistrature domestique, qui faisait réellement de la femme elle-même un enfant, pouvait être et fut longtemps modérée par le sentiment plus ou moins vif qu'avaient de leurs devoirs ceux qui en étaient investis. Mais un temps vint, vraisemblablement avant même la loi des Douze Tables, où elle apparut, malgré tout, excessive par nature, et où une réaction commença, qui, maintenant d'abord la femme dans sa propre famille, pour lui éviter de s'absorber, corps et biens, dans celle de son mari, finit par la rendre absolument indépendante, même vis-à-vis de celui-ci. Ce fut sous la forme de l'apparition du mariage *sine manu* que cette révolution s'accomplit. Moitié pour lui continuer une protection à laquelle la *manus* mettait fin, moitié pour conserver un pouvoir qui leur était profitable, les *patres* de la fille de famille ou les tuteurs agnatiques de la jeune fille *sui juris* prirent l'habitude de retenir pour eux-mêmes la *potestas* dont le mariage les avait dessaisis jusqu'alors. La femme y trouvait sans doute cet avantage de rester dans sa famille naturelle, avec tous les droits que lui donnait sa qualité d'agnate ; mais elle perdait, en retour, tous ceux que lui aurait conférés l'agnation dans la famille de son mari. Entre elle et lui, cette nouvelle forme de l'union légitime ne créait, malgré son but qui restait théoriquement le même, que des rapports fort peu étroits, à cause de la combinaison des prin-

cipes de la *patria potestas*. Car l'absence de *manus* fait nécessairement obstacle à cette communauté juridique entre époux qui, sous un aspect en vérité des plus singuliers, résulte de son existence. D'une part, en effet, dans le mariage *sine manu*, la femme *alieni juris* dépend de la volonté toute-puissante de son *paterfamilias*, qui peut briser d'elle-même l'union à laquelle elle a consenti, par là réduire à rien le droit de l'époux, à plus forte raison lui disputer son épouse à tous les instants et dans toutes les circonstances de la vie conjugale. C'est pourquoi, dans cette union destinée cependant à créer un *consortium omnis vitæ*, la femme ne participe ni au nom, ni à la situation sociale de son conjoint, et, si elle doit cohabiter avec lui, ce n'est que par déférence envers l'autorité paternelle qui le lui commande, en consentant à s'en séparer. D'autre part, dans ce mariage, célébré pourtant *liberorum quærendorum causa*, la mère reste légalement une étrangère pour ses enfants, qui sont réputés *justi filii* par rapport à leur père, et de cette absence de parenté civile résulte qu'ils ne sauraient être soumis à aucune époque à son autorité et qu'il ne peut exister entre elle et eux aucuns droits réciproques. Comment dès lors, dans un rapprochement si précaire et si peu intime, aurait pu se réaliser cette association pécuniaire qui rend tangible et fortifie l'association personnelle, en confondant les biens comme les existences et en réduisant à l'unité tous les éléments du ménage? La dot fut donc appelée à représenter la part contributoire de la femme dans les dépenses de celui-ci, et, d'abord définitivement apportée en pleine propriété à son chef, elle lui fut, peu à peu et par des procédés de plus en plus sûrs, retirée au jour de la dissolution du mariage, pour rentrer en la possession de la femme ou de ses parents.

1343. Du moins la volonté des *patres* et de la famille pouvait-elle assurer une certaine cohésion dans les justes noces contractées *sine manu*, par la dépendance dans laquelle elle retenait les conjoints et l'empire qu'elle imposait à leurs passions. Mais cette influence salutaire devait cesser elle-même lorsqu'ils allaient devenir *sui juris*, et que la femme allait échapper à l'autorité tutélaire qui survivait aux pouvoirs du

paterfamilias. L'épouse dut trouver alors dans cette forme de mariage une indépendance presque absolue, rendue plus redoutable pour le mari par la libre disposition qu'elle avait de son patrimoine, et dont elle abusa sans réserve, lorsque, avec le désordre des mœurs, les divorces se multiplièrent.

1344. Ce n'est pas à dire toutefois qu'on ne travailla nullement à établir, entre époux ou de la mère aux enfants, une partie au moins de ces rapports qui nous paraissent inséparables de l'état de mariage ou de la maternité, et qui ne dérivaient à Rome que de l'unité de puissance à laquelle ces personnes étaient soumises. Les nécessités concrètes furent plus fortes que les rigueurs de la logique la plus stricte. Et de même que, dans le régime résultant de la *conventio in manum*, les pouvoirs du *paterfamilias* sur l'épouse, d'abord absolus, furent tempérés, notamment par l'intervention de sa propre famille, de même, dans les justes noces *sine manu*, le mari vit naître et grandir son autorité sur elle, comme elle-même s'en fit reconnaître une sur les enfants communs, qui jusque-là n'avaient été réputés que les enfants du père. Cette transformation fut due à l'importance croissante que commença à prendre, dès avant la fin de la République, la parenté naturelle ou par le sang, la *cognatio*, d'abord totalement méconnue, par rapport à la parenté civile, à l'*agnatio*, fruit de la *patria potestas*, et qui, avec Justinien, ne comptera plus. A mesure que les effets de cette puissance s'atténuaient, le droit du mari sur la personne de sa femme, même restée dans sa famille d'origine, mieux compris, se fortifiait davantage : s'il l'élevait parfois à lui en dehors même de la *manus*, en lui communiquant son rang, s'il lui devait une protection particulière, malgré l'existence du *paterfamilias* qui la tenait sous sa puissance ou la présence de ses tuteurs, de son côté elle était tenue envers lui à une certaine déférence; et il pouvait, par des moyens de plus en plus efficaces, des interdits, la disputer à ses parents, comme aussi son rôle devenait, sinon prépondérant, du moins plus considérable, dans les poursuites auxquelles donnait lieu l'adultère. Par un progrès parallèle et dont la source était la même, les droits et les devoirs

de la mère vis-à-vis de ses enfants, primitivement nuls, alors qu'ils lui restaient civilement étrangers comme ne dépendant pas de la même puissance, apparaissaient avec leur caractère naturel, dès qu'on attachait des effets à la parenté par le sang. Et, de même qu'il avait fallu dans le mariage *sine manu* créer, entre le père et ses fils, un lien qui ne procédait au fond, dans la *manus*, que de la domination à laquelle elle assujettissait la femme et par suite sa progéniture, de même on dut arriver, pour faire cesser le plus choquant des contrastes, à établir une liaison semblable entre la mère et ceux qui lui devaient le jour. Une réciprocité de droits et d'obligations s'affirma graduellement entre elle et eux, notamment sous les divers rapports de la garde et de la tutelle des enfants, des secours alimentaires et de la vocation héréditaire.

1345. Mais, chose remarquable, cette évolution n'aboutit pas dans l'empire romain, en dépit des efforts du christianisme, à son terme extrême. D'une part, jusque dans le dernier état du droit, l'institution connue plus tard sous le nom de puissance maritale, et qui fait de la femme la subordonnée de l'homme, reste ignorée : si la *conventio in manum*, opérant plus radicalement encore, absorbait la personnalité de l'épouse dans celle du *pater familias* sous la puissance duquel elle passait, dans les *justæ nuptiæ sine manu*, les seules pratiquées depuis des siècles à l'époque de Justinien, elle conserve presque entière son indépendance et son autonomie, surtout sous le rapport pécuniaire. D'autre part, si on lui reconnaît, vis-à-vis de ses enfants, quelques-uns des attributs de la puissance paternelle, telle que nous l'entendons aujourd'hui, jusqu'à la fin elle ne peut être investie de la *patria potestas*, de telle sorte que, quelques égards qu'ils lui doivent, quelques soins qu'elle soit chargée de prendre de leurs personnes et de leur éducation, ils n'en sont pas moins légalement attachés d'une façon plus étroite au père qu'à la mère, et qu'il n'existe pas entre ces derniers, sous ce rapport, cette communauté, sinon cette identité de droits, qui se manifeste dans d'autres législations. L'analyse rapide des conditions de validité des *justæ nuptiæ* va confirmer ce trait essentiel.

1346. La première, en effet, résidait dans la nécessité du consentement des futurs époux et de celui des personnes qui, s'ils étaient *alieni juris*, les avaient en puissance. Il semble même que, primitivement, ce dernier dut être à lui seul suffisant, étant donnée leur omnipotence. Il dépendait donc du *paterfamilias* de décider souverainement du mariage d'un de ses descendants, sans en référer à son épouse. Lorsque sa toute puissance fut limitée sous ce rapport, ce ne fut d'abord qu'au profit du descendant lui-même, qui dut faire personnellement acte de volonté, et au profit ensuite, s'il s'agissait du moins d'un mâle, de tous les ascendants intermédiaires placés entre lui et le *pater*, qu'on consultait alors comme les héritiers de la *potestas*, sous laquelle se retrouveraient plus tard, à la mort de celui-ci, les nouveaux conjoints. Quant à la mère et à tous les ascendants maternels, ils restèrent, presque jusqu'à la fin, privés d'un droit qu'ils ne pouvaient puiser dans l'organisation tout artificielle de la puissance paternelle. Celle-ci avait été pourtant ébranlée, sous Auguste, par la loi qui permettait au magistrat de vaincre le refus injuste du *pater*, et par la faculté qui fut reconnue aux enfants, à d'autres époques, de se passer, sous certaines conditions, de son consentement, lorsqu'il était hors d'état de le manifester. Mais ce ne fut qu'au IVe siècle que, par une atteinte encore plus grave portée à cette organisation, la mère et les autres proches parents furent enfin appelés, à défaut du père, à consentir au mariage de la femme *sui juris* et mineure de vingt cinq ans, devenue libre, comme telle, de se marier à sa guise, depuis qu'elle s'était affranchie de l'*auctoritas tutorum*, d'abord indispensable. Par là l'autorisation des parents, qui n'avait été jusqu'alors qu'un acte de puissance, puisque, requise pour les *alieni juris*, quel que fût leur âge, elle ne l'avait jamais été pour les *sui juris*, si jeunes qu'ils fussent, tendait à prendre le caractère d'un acte de protection; mais, même dans le droit de Justinien, ce caractère n'était pas encore le principal.

1347. La validité des justes noces supposait, en second lieu, que les deux époux avaient atteint l'âge de la puberté, d'abord déterminé *ex habitu et inspectione corporis*, puis fixé à 12 ans

pour les filles, et, après une longue discussion qui mit aux prises les deux écoles Proculienne et Sabinienne, à 14 ans pour les garçons. Et elle impliquait enfin, par une troisième condition, l'existence du *conubium* entre les époux, c'est-à-dire la faculté légale de se prendre respectivement pour mari et femme. Les empêchements qui tenaient à l'esclavage, à l'extranéité ou à l'absence du droit de cité, à l'inégalité des rangs ou à des pensées purement politiques, ne sauraient présenter pour nous, aujourd'hui, le même intérêt que ceux qui procédaient de la parenté ou de l'alliance.

1348. Or, sous ce rapport du moins, les Romains surent s'écarter de la rigueur logique de leur système de *patria potestas,* et faire produire plus d'effets à la cognation qu'à la parenté purement civile. En ligne directe, la parenté fait obstacle au mariage à l'infini, quelle qu'en soit la nature. En ligne collatérale, si, très anciennement peut-être, elle s'opposa au mariage jusqu'au sixième degré, puis, à une époque plus récente, seulement jusqu'au degré de cousins germains, dès avant la fin de la République elle n'empêche plus que l'union des frères et sœurs, oncles ou tantes et nièces ou neveux, et, d'une façon plus générale, celle-ci n'est défendue qu'entre collatéraux dont l'un au moins est à un seul degré de l'auteur commun. Cette règle, la seule en vigueur sous Justinien, subit d'ailleurs entre temps une double dérogation. D'une part, de Claude aux fils de Constantin, l'union entre l'oncle paternel et sa nièce devint licite, le Sénat ayant cru devoir faire à la passion de l'empereur pour Agrippine cette concession, dont nul autre, presque, ne voulut profiter. D'autre part, l'influence chrétienne fit interdire quelque temps le mariage entre cousins germains; mais une constitution d'Honorius et d'Arcadius emporta cette prohibition.

Quant à l'alliance, si, jusqu'à la fin de la République, elle ne fut peut-être point une cause d'empêchement au mariage, même en ligne directe, elle le devint depuis lors d'une façon absolue dans cette ligne, et la nouvelle religion dicta à Constance l'interdiction de l'union des beaux-frères et belles-sœurs, maintenue encore par Justinien.

Il faut ajouter enfin que toutes ces défenses, entendues d'une

façon très sévère, c'est-à-dire comme procédant beaucoup plus de la morale que de la constitution de la famille, furent appliquées, sans distinction entre les diverses origines de la parenté par le sang ou de l'alliance, dans tous les cas où la décence publique le commandait, et rigoureusement sanctionnées par la nullité absolue et presque toujours indélébile des mariages qui y contrevenaient, parfois même, en cas d'inceste, par des confiscations, des déchéances ou des pénalités criminelles, qui varièrent suivant les temps.

1349. L'intérêt public, sauvegardé par tous ces empêchements relatifs aux conditions de fond des justes noces, fit-il pareillement admettre à Rome l'intervention de l'autorité dans leurs modes de célébration? On doit le croire pour la première période de son existence, s'il est vrai surtout, ce qui est du reste discutable, que, des trois moyens de faire naître la *manus*, la *confarreatio* soit le plus ancien. D'une part, en effet, la *manus* constitua pendant longtemps le procédé exclusivement admis, ou généralement employé, même à l'époque des Douze Tables, de contracter mariage, puisqu'on ne concevait pas encore ou à peine qu'il n'engendrât pas cette *individua vitæ consuetudo* qui semblait alors de son essence. D'autre part, dans les solennités de la confarréation, c'était à la fois l'autorité religieuse qui était représentée par le grand pontife et le flamine de Jupiter, et l'autorité civile qui l'était par les dix témoins figurant là les dix anciennes curies ou tout au moins la société : celle-ci participait par leur présence à un acte qui, en intéressant les familles et leurs chefs, intéressait par là même l'Etat, dont, par leur réunion, elles formaient les assises. Indifférent aux fiançailles, *sponsalia*, qui précédaient habituellement le mariage et résultaient de l'échange des consentements, du moins l'Etat entendait-il être présent à sa formation, à l'instant où la promesse des fiancés s'exécutait, et assurer à sa réalisation une certaine publicité.

Mais, si cette publicité subsistait encore dans l'accomplissement, en présence de quelques assistants, des formalités de la *coemptio*, qui rappelait peut-être l'époque où la femme était simplement vendue au mari, ce mode de mariage n'était

déjà plus que purement civil, et l'autorité ne présidait pas plus à sa célébration qu'au transfert de la propriété dans une mancipation ordinaire, sinon dans la mesure où le *libripens* et les témoins étaient constitués les représentants de la collectivité. A plus forte raison peut-on dire que le mariage devint presque complètement consensuel, ou tout au moins un simple acte privé, à partir du jour où la prolongation de la vie commune pendant une année, sans que la femme eût découché trois nuits de suite (*usurpatio trinoctii*), fut suffisante pour engendrer la *manus :* la simple cohabitation des époux suffit alors, avec leur volonté, pour les unir en justes noces, quoique cette union dût être moins étroite que lorsque l'épouse tombait sous la puissance du mari ou du *paterfamilias* de celui-ci.

1350. Encore l'évolution ne s'arrêta point là. Après la disparition successive de l'*usus,* de la *confarreatio* et de la *coemptio* elle-même, la formation du mariage finit par résulter simplement, en outre de l'échange des consentements, de la seule possibilité de l'établissement de la vie commune et de la cohabitation physique, possibilité qui se manifestait matériellement par la *deductio uxoris in domum mariti,* signe visible du commencement des rapports conjugaux. Tout se passait alors juridiquement dans le cercle des intéressés, sans qu'aucune intervention fût requise, soit de la part de l'autorité civile, qui n'imposait ni le ministère d'un magistrat, ni même la rédaction d'un écrit, soit de la part des représentants officiels du culte public. Ce n'est point que les cérémonies religieuses manquassent à la célébration de l'union : mais celles qu'on désignait à l'époque païenne sous le nom de *festivitas nuptiarum* se déroulaient au foyer de la famille et n'étaient requises que par la coutume, tandis que l'usage, qui s'introduisit assez tôt parmi les chrétiens, de faire bénir leur union par un prêtre, demeura, même à l'époque de Justinien, purement facultatif.

Mais alors, puisque la validité du mariage restait indépendante de l'accord préalable des fiançailles, de la rédaction d'un *instrumentum dotale,* de l'accomplissement des rites religieux ou de ces solennités civiles qui rappelaient, par la simulation de

l'enlèvement de la jeune fille, le stade du mariage par capture, comment discerner les justes noces du concubinat, quand deux personnes, aptes à se marier ensemble, vivaient en commun? Ce problème ne dut se poser réellement que lorsque toutes ces pratiques commencèrent à tomber en désuétude, car, jusque-là, la distinction, grâce à elles, était facile. On en vint donc à présumer, dès l'époque classique semble-t-il, que, à défaut d'autre indice, et réserve faite de la preuve contraire, l'existence en commun de deux personnes de même condition, l'une et l'autre honorables, ferait supposer le mariage, puis, par un pas de plus, que cette supposition serait toujours reçue quels que fussent leurs rangs respectifs. Mais, en exigeant pour les *illustres* et les personnes d'un rang supérieur la rédaction d'un acte écrit, d'ailleurs de nature plutôt pécuniaire, et en soumettant même ceux qui avaient un grade militaire ou exerçaient une profession relevée à l'obligation de faire dresser un écrit par le *defensor civitatis,* en présence de trois clercs, Justinien, qui finit du reste par se relâcher de cette dernière exigence, allait restituer jusqu'à un certain point au mariage son caractère d'acte public et solennel, tandis que la prescription ultérieure de Léon le Philosophe, imposant l'intervention des ministres chrétiens, y fit pénétrer de nouveau un élément religieux.

1351. Au total, si le mariage romain, strictement monogame dès l'origine, a été conçu, pendant longtemps au moins, de la façon la plus élevée, ainsi que le prouve la belle définition « *consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio* », s'il donna à la femme une haute situation morale au foyer et même dans la vie publique, il se ressentit trop de l'étroite constitution de la famille, qui reposait elle-même sur l'existence de la *patria potestas.* C'est pourquoi, dans la première période, la personnalité de l'épouse fut complètement absorbée par celle du mari ou du *paterfamilias* de ce dernier, et, dans la seconde, elle en resta entièrement indépendante, de telle sorte que, dans aucune, les justes noces n'engendrèrent entre époux une association réellement fondée sur le pied de l'égalité, soit dans leurs rapports personnels, soit dans leurs relations avec leurs enfants.

1352. Ce fut cette communauté d'existence plus intime qui caractérisa, prétend-on, le mariage des Germains d'avant l'Invasion (1). Les parentés paternelle et maternelle y étant également reconnues, en l'absence de tout système semblable à celui de la puissance romaine, les deux sexes furent traités dans leur union d'une façon plus conforme à la nature. Peut-être la polygamie n'y fut-elle point totalement inconnue, et la conclusion du mariage y revêtit-elle d'une façon assez accentuée la forme d'un véritable achat de la femme par l'époux. Mais, outre que la monogamie semble avoir toujours été la règle générale et que le prix d'achat se convertit rapidement en douaire, tandis que les pourparlers qui servaient d'abord à le déterminer se transformaient en fiançailles, l'union conjugale paraît avoir été comprise en Germanie comme créant un lien beaucoup plus étroit qu'il ne l'était à Rome, et qui, très serré entre les conjoints, à ce point que la veuve parfois ne pouvait survivre au défunt, les attachait également et directement aux enfants, sans distinction entre la mère ou le père.

1353. La religion chrétienne fut naturellement appelée à développer ces dispositions et ces coutumes des Barbares, après la chute de l'Empire (2). Comment et dans quelle mesure son esprit pénétra la législation matrimoniale, c'est ce qu'il faut rapidement retracer, en recherchant d'abord par quelles voies s'en fit sentir l'influence, puis les réformes successives qui en furent le fruit.

Dans les premiers temps de sa constitution, l'Eglise ne peut faire respecter ses prescriptions, sur les points où elles diffèrent de celles du droit séculier, que par l'action disciplinaire qu'elle exerce sur ses fidèles et la menace de les exclure de la communauté chrétienne : le droit de juridiction reste jusqu'à la fin de l'Empire d'Occident entre les mains

(1) Glasson, *op. cit.*, p. 181 s.; Lefebvre, *op. cit*, p. 100; Ginoulhiac, *op. cit.*, p. 159 s.; Laboulaye, *op. cit.*, p. 77 s.; P. Gide, *op. cit.*, p. 96 s.

(2) Glasson, *Le mariage civ. et le divorce*, p. 203 s.; *Le consentement des époux au mar.*, n. 19 s.; Lefebvre, *op. cit.*, p. 101 s.; Viollet, *op. cit.*, p. 333 s.; P. Gide, *op. cit.*, p. 169 s ; Esmein, *Le mariage en droit canonique*, Paris, 1891, et toutes les autorités citées dans les deux volumes qui composent ce très remarquable ouvrage.

des juges civils, et c'est tout au plus si ces derniers sont tenus de faire exécuter les décisions relatives à des causes matrimoniales rendues par les évêques à titre d'arbitres privilégiés. Quant à la législation elle-même, si elle subit avec les empereurs chrétiens l'influence des canons des conciles, sous le rapport notamment des causes de dissolution du mariage, elle reste distincte de la réglementation ecclésiastique, qui, tout en s'imposant aux croyants comme la loi de Dieu, ne les dispense pas de l'observation de la loi civile, à moins qu'elle ne lui soit contraire.

1354. Même dans le bouleversement qui suivit la chute de l'Empire, l'Eglise ne parvint pas tout de suite à se saisir du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire en matière de mariage. Sans doute son esprit s'infiltre de plus en plus dans la législation civile, et les lois barbares rédigées alors à l'usage des Gallo-Romains ou de la race conquérante, puis les capitulaires des rois mérovingiens et carolingiens se ressentent toujours davantage de l'influence chrétienne. Sans doute aussi ses représentants siègent souvent aux côtés des juges laïques, dans les tribunaux séculiers. Mais ce sont encore ces derniers qui, pendant longtemps, conservent la compétence, et parfois les divergences s'accusent entre le droit civil et le droit canonique, qui en général l'inspire. Et toutefois, dans le désarroi gouvernemental de cette époque, le rôle de l'action disciplinaire que l'Eglise exerçait sur ses fidèles ne pouvait manquer de grandir : elle devait être appelée à se faire, par l'empire qu'elle avait sur les consciences, l'auxiliaire puissante d'un pouvoir de plus en plus tenté, dans sa faiblesse, de l'associer à sa tâche et de lui déléguer une portion de son autorité. C'est ainsi que, sans lui conférer de compétence exclusive en matière de causes matrimoniales, les capitulaires tendent à faire de l'intervention des juges civils seulement un renfort de l'action ecclésiastique, dans les cas où elle n'a pu leur donner, réduite à elle-même, une solution définitive ou conforme aux dispositions des actes royaux.

1355. Ce n'est que vers le milieu du xe siècle, si l'on en croit les meilleurs historiens, que le pouvoir civil, jusque-là aidé par le pouvoir religieux, fut, du moins en France, dépos-

sédé pour longtemps par son rival en matière de mariage. Et pour faire cette conquête, celui-ci, soutenu d'ailleurs par le sentiment chrétien de la société, n'eut qu'à profiter de cet état de dépression des gouvernements d'Occident qui allait faire éclore tant d'usurpations de toutes sortes. Lorsque celle-là eut été consommée, l'Eglise se trouva seule investie du droit de juridiction, sur lequel elle put d'autant mieux commencer par mettre la main qu'elle en jouissait déjà dans une certaine mesure, puis du droit de réglementer, conformément à ses propres principes et dans toute la rigueur de leurs exigences, la formation, la nature, les effets et la rupture du lien sur l'existence duquel elle seule allait désormais statuer. Pendant cinq siècles et demi, elle put s'appliquer, dans une indépendance presque entière, d'une part à préciser et à compléter sa législation matrimoniale à l'aide d'emprunts faits aux fonds les plus divers, aux Ecritures saintes, au droit romain, aux coutumes germaines, aux capitulaires, et, d'autre part, à arrondir toujours davantage, par d'incessantes usurpations qui se préparaient les unes les autres, sa nouvelle compétence. D'abord restreinte aux questions d'existence ou de validité du mariage, les seules directement relatives au lien conjugal, *fœdus matrimonii,* elle l'étendit peu à peu à la séparation de corps, qui le relâche, à la séparation de biens, qui en modifie les effets pécuniaires, puis aux conventions matrimoniales, qui l'accompagnent, à la filiation légitime, à laquelle il donne naissance, et à la poursuite de l'adultère, qui en constitue la méconnaissance.

1356. Mais déjà cette compétence lui avait été, partiellement au moins, disputée avec succès par la justice séculière quant aux conséquences du mariage relatives aux biens, et ses prétentions à ce sujet avaient été parfois moins fortes que les principes féodaux, lorsque, à partir du XVIe siècle, deux causes très différentes, mais toutes deux des plus énergiques, travaillèrent à lui arracher le fruit de ses conquêtes. D'abord dans les pays protestants, la Réforme fit perdre au clergé catholique son pouvoir de juridiction, que tantôt elle transporta aux ministres ou aux organes représentatifs de la nouvelle religion, et tantôt elle partagea entre eux et les tribunaux

civils. Et elle le dépossédа du même coup de son pouvoir législatif, dans lequel l'Etat fut réinstallé, beaucoup plus d'ailleurs pour réformer que pour remplacer complètement le droit canonique, qui reste le fond solide de la réglementation du mariage. Puis, dans certains des pays demeurés fidèles à leur foi ancienne, l'Eglise eut à se garder contre les entreprises, moins directes, mais aussi redoutables, des légistes, qui s'efforçaient de reconquérir à la royauté le domaine dont elle s'était elle-même si longtemps laissé exclure; et peu à peu, grâce à leurs travaux d'approche, celle-ci y rentrait presque totalement. Si, déjà au XVIe siècle, beaucoup de théologiens reconnaissaient au pouvoir séculier le droit théorique de légiférer sur le mariage, sauf à le lui interdire en fait, au nom de la déférence qu'il devait à l'Eglise, comment les juristes n'eussent-ils point revendiqué en sa faveur ce même droit, sans se croire tenus aux mêmes restrictions? Aussi bien ce principe, spécialement affirmé pour la création d'empêchements dirimants dès cette époque, finit-il, après une lutte des plus vives, par être unanimement admis, et Pothier (1), dont les sentiments de piété sont connus, le formulera lui-même en ces termes à la fin du XVIIIe siècle : « Le mariage que contractent les fidèles, étant un contrat que Jésus-Christ a élevé à la dignité de sacrement, pour être le type et l'image de son union avec son Eglise, il est tout à la fois et contrat civil, et sacrement. — Le mariage étant un contrat appartient, de même que tous les autres contrats, à l'ordre politique; et il est, en conséquence, comme tous les autres contrats, sujet aux lois de la puissance séculière que Dieu a établie pour régler tout ce qui appartient au gouvernement et au bon ordre de la société civile. Le mariage étant celui de tous les contrats qui intéresse le plus le bon ordre de cette société, il en est d'autant plus sujet aux lois de la puissance séculière... Les princes séculiers ont donc le droit de faire des lois pour le mariage de leurs sujets, soit pour l'interdire à certaines personnes, soit pour régler les formalités qu'ils jugent à propos de faire observer pour le contracter vala-

(1) *Tr. du contr. de mariage*, n. 11 s.

blement. » Et, pour mettre ce droit au-dessus de toute discussion, le jurisconsulte ne craint pas d'affirmer que « la puissance séculière en a toujours joui » (1), pas plus que de considérer comme « des plus frivoles » les arguments des auteurs qui voudraient le lui contester pour « concentrer dans le pape toute puissance, la spirituelle et la temporelle » (2). Le triomphe de ces revendications fit donc éclore toute une série d'actes législatifs, qui parfois, à la vérité, ne firent que consacrer des réformes réalisées par le Concile de Trente, dont les canons n'avaient point été sous certains rapports reçus en France, mais qui, souvent aussi, en opérèrent de leur propre mouvement et rompirent avec les règles de la discipline ecclésiastique. Vers la fin de l'ancien régime, la scission entre les deux législations et leur indépendance respective étaient de plus en plus accentuées.

1357. Parallèlement aussi, la juridiction séculière avait recouvré celles de ses anciennes attributions qui étaient passées aux tribunaux d'Eglise. Presque de tout temps d'ailleurs, elle les avait défendues, lors du moins que le procès ne mettait point en question la validité du mariage et qu'il ne portait que sur le régime pécuniaire des époux, la légitimité des enfants ou le délit d'adultère, et sous ce rapport la compétence des juges ecclésiastiques n'était pas exclusive. Lentement, ce fut à son tour celle-ci qui dut reculer, et, tantôt par une franche dépossession, tantôt par une concurrence qui se faisait de plus en plus audacieuse, le juge royal lui reprit tout le terrain qu'elle avait occupé. Toutes les théories, toutes les subtilités juridiques se mirent à son service dans cette œuvre d'affranchissement. Compétence de la juridiction séculière, parce que la cause matrimoniale ne met pas en jeu l'existence du sacrement, mais seulement celle du contrat qui lui sert de matière et qui est purement civil; compétence de cette juridiction, parce que le lien conjugal, *fœdus matrimonii*, à supposer qu'il se soit formé, est déjà dissous, par exemple par la mort d'un des conjoints, et qu'il ne s'agit plus que d'intérêts temporels; même compétence, parce qu'il ne s'agit que

(1) *Op. cit.*, n. 13.
(2) *Op. cit.*, n. 15.

d'une simple « question de fait », par exemple de clandestinité, de rapt, du mariage d'un impubère ou de polygamie et qu'il peut y avoir un crime dont la répression doit être poursuivie par le pouvoir civil, ou bien encore d'une opposition au mariage, fondée seulement sur la parenté ou l'affinité des futurs époux et non pas sur l'existence d'un précédent mariage, ou bien enfin du fait seul de la célébration et non point de la « validité » ou de l' « invalidité de l'union », *non de jure, sed de quasi possessorio matrimonii;* toujours même compétence, en matière de séparation de corps (*divortium quoad torum*), parce que le litige ne porte pas « *de fœdere matrimonii* » ou qu'elle emporte séparation de biens, et que « toutes les matières qui concernent les biens sont matières profanes » (1); même compétence, s'il s'agit d'obliger la femme à réintégrer le domicile conjugal, soit parce que « la paix des mariages regarde la police civile » (2), soit parce que l'action du mari est une action « possessoire », dont un tribunal ecclésiastique ne peut pas connaître; incompétence enfin de ce dernier pour toutes les questions d'intérêt qui se rattachent accessoirement à une cause matrimoniale, parce que cet accessoire est d'une nature différente du principal, tout est motif ou prétexte pour poursuivre cette éviction graduelle du juge d'Eglise.

Mais l'appel comme d'abus contribua, d'un autre côté, à la rendre à la fois plus complète et plus rapide. La justice civile, qui s'était vu autrefois enlever sa clientèle, disputa la sienne à son tour aux officialités, en l'autorisant à saisir les Parlements de tout acte de l'autorité ecclésiastique qui serait contraire au droit public ou aux canons reçus dans le royaume. A ce titre, on put leur demander de déclarer le mariage « mal, nullement et abusivement contracté », quand, au mépris de quelque empêchement dirimant, le curé des parties avait prêté son ministère à sa célébration. Et cette voie de recours continua à être qualifiée d' « extraordinaire » (3),

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 518.

(2) Abbé de Foy, *Traité des deux puissances ou maximes sur l'abus.* Paris, 1752, p. 263.

(3) Pothier, *op. cit.*, n. 452 et 453.

par opposition à celle qui conduisait devant l'official, dont les Ordonnances persistaient à respecter théoriquement la compétence, « sauf l'appel comme d'abus », même après qu'elle fut le plus ordinairement suivie, ce qui était déjà advenu dès la fin du XVIIe siècle (1).

1358. L'œuvre de sécularisation du mariage était donc largement avancée, à la fois dans le domaine législatif et dans le domaine judiciaire, lorsque, avec la disparition de l'ancien régime, la société laïque se résolut à rentrer dans l'intégralité de ses droits. Il lui restait cependant, non seulement à en affirmer solennellement le principe, mais à tirer les dernières conséquences du caractère civil reconnu à l'union des personnes, en séparant complètement le contrat du sacrement et en remettant à des officiers publics le pouvoir de procéder à la célébration du mariage qu'elle avait laissé jusque-là aux ministres du culte. Mais il lui restait aussi à modifier, sur des points assez nombreux, la théorie canonique du mariage, produit d'une conception particulière avec laquelle ne pouvait pas coïncider de tout point celle du mariage sécularisé.

1359. Mais, avant que cette transformation ne s'opère, c'est le lieu de marquer les principes directeurs du droit canon. Or il fut dominé tout entier par le caractère d'institution divine et de sacrement qu'il reconnut à l'union légitime. C'est Dieu, d'après le récit de la Genèse (2), qui, après avoir créé l'homme à son image, lui a donné un aide semblable à lui, « *adjutorium simile sibi* », et uni le premier couple : « *Quamobrem relinquet homo patrem suum et matrem, et adhaerebit uxori suæ, et erunt duo in carne una.* » Et c'est encore la volonté divine, d'après les paroles mêmes de Jésus-Christ, qui continue à présider à l'union des époux, qui ne sauraient plus dès lors rompre leur lien par un acte de leur volonté : « *Quod ergo Deus conjunxit, homo non separet.* (3) » Aussi saint Paul affirme-t-il le caractère sacramentel du mariage, « *sacramentum hoc magnum est, ego autem dico in Christo et*

(1) Fleury, *Instit. au dr. ecclés.*, éd. Boucher d'Argis, 1771, II, p. 42.
(2) II, 18 et 21-24.
(3) Saint Mathieu, XIX, 4-6.

in Ecclesia, (1) » et après lui y voit-on une image de l'union du Christ avec son Eglise, participant de l'indissolubilité de cette union, du moins lorsque, consommé par la *copula carnalis,* il a imité l'acte du Sauveur, qui s'est fait Chair pour s'allier avec elle. Mais cette indissolubilité parut également imposée par la nature des fins mêmes du mariage et la nécessité de donner à la famille, pour son plus grand bien, ce fondement inébranlable. Ce fut enfin par une autre suite de ce caractère de sacrement de l'union légitime, que l'Eglise finit par revendiquer pour ses juridictions la compétence exclusive des causes matrimoniales.

1360. Pendant longtemps, au contraire, elle n'en conclut pas que son intervention était indispensable à la formation de cette union. Durant des siècles, consacrant cette règle que le consentement des époux en constitue l'essence, elle admit qu'il suffisait aux parties, pour contracter mariage, de manifester leur volonté de se prendre pour mari et femme, soit par des paroles qui la traduisaient d'une façon expresse *(sponsalia per verba de præsenti),* soit par des signes équivalents de nature à la révéler, comme les cérémonies extérieures dont les usages romains ou germains leur faisaient une obligation. Sans doute elle recommande à ses fidèles d'échanger leur consentement *in facie Ecclesiæ* et de demander à un prêtre la bénédiction nuptiale, après avoir préalablement annoncé leur projet à l'autorité ecclésiastique ; et ses prescriptions sous ce rapport sont reproduites par les capitulaires qui défendent aux sujets de la monarchie de se marier clandestinement. Mais ni elle, ni eux, ne font de leur observation une condition de validité du mariage. C'est par application de ce principe que les fiançailles, qui résultaient d'un échange de consentement tout pareil *(sponsalia per verba de futuro),* et créaient à la charge des fiancés l'obligation de tenir leur promesse, étaient susceptibles de se transformer en mariage véritable par le seul fait d'un rapprochement qu'on devait réputer être l'exécution même de leurs engagements. Et telle fut l'origine de ces « mariages présumés », dont l'existence

(1) Saint Paul aux Ephésiens, V, 32.

s'induisait, en effet, d'une supposition qui seule pouvait enlever au commerce des parties son caractère irrégulier. Conçu donc comme un simple contrat consensuel, on en vint à accepter que la formation du mariage, qui résultait ordinairement d'une manifestation expresse de volonté, en termes d'ailleurs non sacramentels, pouvait s'induire aussi de signes ou d'actes extérieurs non équivoques, notamment en ce qui concerne les sourds-muets. Enfin, par une nouvelle conséquence, on reconnut qu'il pouvait être contracté entre absents et par mandataire, à la double condition que celui-ci, intervenant en personne à la célébration, fût porteur d'un mandat spécial à cet effet et qui n'eût pas été révoqué, même à son insu, à ce moment.

1361. Avec le temps toutefois, l'autorité ecclésiastique se préoccupa de remédier à l'abus des mariages clandestins, conclus sans sa participation. A vrai dire, même lorsqu'elle y participait et que, conformément à la règle, les époux venaient échanger leur consentement en présence du prêtre et recevoir la bénédiction, ainsi que le constatait un vieux glossateur, ces solennités ne servaient qu'à « confermer et nottifier » ce qu'ils avaient déjà fait. Aussi, pour organiser une publicité préalable à leur union et suppléer à l'absence de l'enquête inutilement prescrite par des capitulaires qui n'avaient pas été respectés, les fiancés commencèrent-ils, à partir au moins du XIIIe siècle, d'être obligés de faire publiquement annoncer leur projet, au moyen de *denunciationes* ou *banni,* et cette obligation fut consacrée par le IVe concile de Latran, tenu en 1215. Mais cette réglementation des bans de mariage fut loin de se préciser tout de suite, et l'opinion publique s'y montra longtemps réfractaire dans certaines régions. Elle dut atteindre d'autant moins son but que le mariage clandestin, c'est-à-dire contracté sans solennités ou sans publications préalables, continuait à rester valable, s'il n'était pas atteint de quelque autre vice : il était seulement constitutif comme tel d'un péché punissable de peines canoniques, et, dans le cas où il était nul pour quelque autre cause, exclu nécessairement des bénéfices du mariage putatif. Bien mieux, les époux étaient admis à le régulariser complètement, à le

solenniser, par l'accomplissement des formalités dont ils s'étaient tout d'abord affranchis.

1362. Si favorable à la formation du lien conjugal, le droit canon ne se montra, pour sa preuve, guère plus difficile. Ce n'est point qu'il se résigna à tenir pour nécessairement probant l'aveu de deux personnes qui déclaraient s'être prises pour mari et femme, au risque de faire annuler ainsi un second mariage, dûment prouvé celui là, et qui, depuis leur prétendue union, aurait été contracté par l'une d'elles : sur ce point, au contraire, il consacra presque sans discussion la maxime : « *clandestinum matrimonium manifesto non præjudicat.* » Mais, comme il n'était point encore d'usage dans les paroisses de dresser un acte destiné à conserver la preuve du mariage, du moins fut-il admis qu'à défaut d'un écrit authentique, qui pouvait être reçu par un notaire et dans lequel était constatée la prononciation des paroles de présent, ou d'un écrit privé reconnu par les trois témoins devant lesquels il avait été dressé d'après leur attestation même, la preuve testimoniale serait possible. Mise même au premier rang des modes de preuve, elle était acquise par cela seul que deux témoins, pris au besoin parmi les parents des parties, affirmaient, dans des dépositions concordantes, avoir assisté à l'échange de leurs consentements, ou tout au moins à la célébration en face d'Eglise. Et enfin, si les effets de la remise de l'anneau nuptial étaient discutés et généralement considérés comme devant dépendre des usages locaux, l'existence du mariage était encore susceptible d'être établie par la possession d'état, ou même parfois par la preuve d'un seul de ses éléments constitutifs, par exemple de la cohabitation prolongée de deux personnes vivant maritalement, ou en dernier lieu par la preuve de la *copula carnalis,* succédant aux *sponsalia de futuro* et transformant ainsi les fiançailles en union véritable.

1363. Cette théorie, lentement élaborée, se maintint dans son intégrité jusqu'au XVIe siècle. Même alors les attaques dirigées contre elle par les chefs de la Réforme, par Luther et Calvin notamment, sous le rapport de la nature du mariage, furent impuissantes à lui faire enlever par l'Eglise son carac-

tère de sacrement : il lui fut au contraire, dans un canon fondamental (1), formellement reconnu de nouveau par le Concile de Trente, comme il l'avait été déjà par le Concile de Florence, et cette affirmation solennelle, sanctionnée par l'anathème, fut accompagnée, dans un préambule, d'une longue démonstration doctrinale destinée à faire justice des critiques des protestants. En même temps, et par voie de conséquence, le Concile affirma une fois de plus la compétence exclusive des juridictions ecclésiastiques pour les causes matrimoniales (2), et condamna la pratique de la polygamie (3).

1364. Mais les nécessités pratiques furent au contraire jugées assez impérieuses, à cette époque, pour que, de contrat consensuel qu'il était resté jusque-là, le mariage fût transformé en contrat solennel. A vrai dire, cette profonde révolution ne s'opéra pas sans de longues discussions et sans des résistances qui tinrent bon jusqu'à la fin, au sein du Concile ; mais le sentiment de plus en plus vif du danger de la doctrine traditionnelle fut plus fort qu'elles. Les abus des mariages clandestins, d'autant plus grands alors que les enfants pouvaient se marier sans l'agrément et même à l'insu de leurs parents, avaient été partout fortement ressentis, et sous des formes diverses l'écho de la plainte générale arrivait au Concile. Puisque les recommandations de l'autorité ecclésiastique, au sujet de la publicité de la célébration, n'étaient pas encore toujours obéies, il fallait l'organiser à nouveau et lui donner des sanctions plus sévères, pour prévenir la confusion des unions irrégulières et des unions légitimes, du concubinage et du mariage, et assurer, selon des procédés aisés, la preuve de celui-ci. Pourtant les objections ne manquèrent point à cette entreprise. L'Eglise allait-elle donc créer des entraves à la conclusion des mariages, à laquelle elle s'était de tout temps montrée si favorable? Allait-elle, d'autre part, à l'instant même où elle proclamait la validité des mariages clandestins pour le passé, leur retirer pour l'avenir la force du sacrement qu'ils avaient gardée pendant des siècles? N'allait-

(1) Session XXIV, *De sacramento matrim.*, c. 1.
(2) *Loc. cit.*, c. XII.
(3) *Loc. cit.*, c. II.

elle point enfin paraître céder aux protestations des Réformés, qui en avaient réclamé opiniâtrement la nullité? Mais, s'ils s'efforcèrent d'écarter ces graves objections de principe à l'aide de toutes sortes de subtilités, finalement les Pères du Concile ne s'y arrêtèrent pas autrement que pour leur accorder dans la forme la satisfaction qu'ils leur refusaient dans le fond, et désormais il fut interdit aux chrétiens, par une nouvelle incapacité personnelle, de contracter mariage sans les formalités requises par le décret *de reformatione matrimonii*, à peine de nullité.

1365. Et d'abord le Concile de Trente complète l'œuvre du Concile de Latran, relativement aux publications qui doivent précéder la célébration. En vertu de ses prescriptions, qui durent elles mêmes d'ailleurs être interprétées par la suite sur certains points, le projet de mariage doit être publié à l'église paroissiale, trois jours de fête consécutifs, par le propre curé (*proprius parochus*) des parties, c'est-à-dire dans deux paroisses différentes si celles-ci n'appartiennent point à la même. Que si l'une d'elles a récemment changé de domicile, les publications doivent être faites ou non, semble t-il, à la fois au domicile actuel et au domicile ancien, suivant la date plus ou moins éloignée à laquelle ce changement s'est opéré. Dispense d'un ou de plusieurs bans peut être accordée par l'évêque, lorsqu'il en existe une juste cause. Mais d'ailleurs le défaut de publications demeure, après comme avant le Concile de Trente, en l'absence de toute clause irritante du décret à ce sujet, sans influence sur la validité de l'union, et les époux continuent seulement à encourir les peines et déchéances auxquelles ils étaient exposés jusqu'alors.

1366. En second lieu le Concile fait de la célébration du mariage un acte solennel (1). Désormais elle doit nécessairement avoir lieu, à peine de nullité, en présence du « propre curé » de l'une ou de l'autre des parties, ou d'un autre prêtre délégué par lui ou l' « ordinaire », et de deux ou trois témoins. Le curé étant plutôt lui-même en cette circonstance un témoin d'une autorité spéciale qu'un ministre investi d'une véritable

(1) *Loc. cit.*, c. I.

juridiction, sa compétence est considérée comme personnelle, et non point comme territoriale, en ce sens qu'il peut assister à la célébration en dehors même, non seulement de sa paroisse, mais de son diocèse ; et cette compétence, déterminée en principe par le domicile réel (*domicilium habitationis*) de l'un des époux, si récent que soit son établissement, peut l'être cependant aussi par la simple résidence (*habitatio*), du moins lorsqu'elle est de nature à se prolonger un certain temps, comme celle d'un étudiant, d'un ouvrier ou d'un domestique. Bien mieux, par un nouveau progrès de la doctrine, la résidence quant au mariage finit par s'acquérir, par faveur pour celui-ci, par un séjour d'une année et parfois même de moindre durée.

Mais, si indispensable que soit sa présence, le rôle du prêtre ne change pas : ce n'est point lui qui administre le sacrement, dont les époux continuent à rester seuls les ministres ; et, quoiqu'il doive par des interrogations s'assurer de leur consentement, puis prononcer qu'ils sont unis par le mariage « *in nomine Patris, et Filii, et Spiritus sancti* », enfin leur donner la bénédiction nuptiale, il n'est malgré tout qu'un spectateur, un témoin, *testis spectabilis*. Aussi la validité du mariage ne serait-elle pas compromise, si ce témoin, à la présence duquel le Concile n'avait même pas songé tout d'abord, ne remplissait pas la fonction active qui cependant lui incombe ou si sa présence n'était pas volontaire. Il doit être d'ailleurs assisté au moins de deux autres témoins, dont on n'exige, par une nouvelle faveur, aucune condition d'âge, de sexe, de parenté ou même de religion : mais du moins faut-il que leur présence, comme celle du curé, soit « *humana et moralis* », c'est-à-dire, lors même qu'elle ne serait pas volontaire, qu'ils puissent en comprendre le but et avoir conscience de l'échange des consentements auquel ils doivent assister.

1367. Enfin, par une dernière disposition d'une haute portée, le Concile de Trente astreint le curé à tenir un registre des mariages, où il doit inscrire les noms des parties et des témoins, la date et le lieu de la célébration. Or ce registre va être considéré comme faisant à lui seul pleine foi de

l'union, dont la preuve continuera du reste à pouvoir être faite par les modes anciennement admis.

1368. Toutes ces décisions, inspirées par un si sage esprit de réglementation, ne devaient d'ailleurs entrer en vigueur que dans les paroisses où elles auraient été publiées, et même dans celles-ci ne rester applicables que tout autant qu'il y serait possible en fait de satisfaire à leurs prescriptions. Mais, ces conditions remplies, la faveur due aux mariages *in extremis* ne parut même pas au plus grand nombre des interprètes permettre de s'en écarter. Par la suite cependant, la pratique trouva le moyen de supprimer, dans certaines circonstances jugées particulièrement dignes d'intérêt, la publicité que ces prescriptions avaient eu pour objet d'organiser de la façon la plus large. Des mariages clandestins, célébrés en contravention de celles-ci, on distingua les mariages secrets, dont la célébration avait été régulière, mais était restée tenue cachée par les parties, grâce à la dispense totale des publications et à la discrétion des témoins et du curé. Et, par égard pour les situations qui pouvaient être régularisées de la sorte par des personnes qui vivaient déjà maritalement, une bulle du pape Benoît XIV, de 1741, finit par instituer une procédure spéciale, destinée à assurer la conservation de la preuve de ces unions secrètes et de celle de la légitimité des enfants qui en naîtraient.

1369. La transformation décisive qui s'opéra par là dans la nature du contrat de mariage, et qui, si elle n'empêcha point sa formation *per procuratorem* comme autrefois, s'opposa du moins à ce qu'il pût résulter dorénavant de ce que la *copula carnalis* venait s'ajouter aux fiançailles, fit naître la question des mariages mixtes, c'est-à-dire contractés par deux chrétiens dont un seul était catholique, et de ceux aussi qui seraient contractés par deux non-catholiques, des protestants par exemple. L'intervention nécessaire du curé allait faire une réalité d'un empêchement prohibitif qui avait dû demeurer dépourvu de sanction, tant que le contrat était resté lui-même purement consensuel. Fallait-il donc considérer les hérétiques comme soumis, eux aussi, à l'observation des prescriptions qui imposaient cette intervention? Longtemps, mal-

gré de vives discussions, l'affirmative l'emporta, et les mariages contractés même devant un officier civil ou un ministre protestant, et en présence de témoins, furent considérés comme nuls. Mais cette solution finit par être condamnée, en 1741, par Benoît XIV, après un débat de la Congrégation du Concile, dans lequel elle fut repoussée pour les motifs les plus divers. Toutefois la décision nouvelle n'en subordonnait pas moins la validité de ces mariages à la réunion de certaines conditions sociales et religieuses dans les pays où ils étaient contractés, et aussi à une déclaration pontificale en étendant le bénéfice à ces pays. Aussi, lorsque le culte hérétique n'y était même pas reconnu en droit, parfois pas même toléré en fait, ses adeptes ne pouvaient-ils s'unir légitimement que devant le prêtre catholique. Celui-ci devait-il donc se prêter par son assistance à la célébration de ces unions ? A cet égard l'attitude du clergé varia suivant les époques. Et, en France notamment, si, après la révocation de l'Edit de Nantes, il ne se déroba point tout d'abord aux demandes des prétendus « nouveaux convertis », du reste légalement présumés catholiques, au cours du XVIIIe siècle, au contraire, il leur refusa son ministère, à moins qu'ils ne justifiassent, selon des procédés déterminés, de leur nouvelle foi.

1370. Cette faveur de l'Eglise pour l'union légitime, qui longtemps rendit sa conclusion si facile en la forme, ne fut guère moins marquée et fut même plus persistante sous le rapport de ses conditions de validité. Ce n'est point qu'elle ne mît l'état de célibat et de chasteté au dessus de l'état de mariage ; mais, si le premier permettait mieux à ceux qui s'y étaient astreints par des vœux solennels de se consacrer au service de Dieu (1), elle comprit que le second seul convenait aux instincts de la majorité des hommes et constituait l'unique préservatif contre les tentations de la chair. « *Propter fornicationem unusquisque suam uxorem habeat,* avait dit saint Paul, *et unaquæque suum virum habeat... Quod si non se continent nubant. Melius est enim nubere quam uri* » (2). Et, déjà portée par ce

(1) S. Paul, *I[a] Corinth.*, VI, 32 s.
(2) *I[a] Corinth.*, VI, 2, 9. — Cf. aussi *Timot.*, V, 14.

premier motif à réduire à leur strict minimum les entraves mises à la formation de l'union légitime, elle le fut encore par une considération tout aussi puissante, qu'elle tira de son caractère de sacrement : ne fallait-il pas diminuer autant que possible les obstacles qui en interdisaient l'accès ? Aussi, d'une part, lorsque se constitua en droit canonique la distinction des empêchements prohibitifs et des empêchements dirimants, tendit-on à restreindre le nombre des derniers et s'établit-il un principe, qui a passé avec elle dans notre droit moderne, aux termes duquel la nullité du mariage ne peut être prononcée qu'en vertu d'un texte exprès. D'autre part, lorsqu'on songea par la suite, sous la pression de nécessités pourtant impérieuses, à créer de nouveaux empêchements dirimants, les résistances furent si vives dans les conciles qu'elles ne furent point toujours vaincues et que souvent la force du respect du sacrement l'emporta.

1371. Tous les empêchements durent être simplement prohibitifs, tant que l'Eglise n'eut sur ses fidèles qu'une action purement disciplinaire et fut impuissante à sanctionner ses défenses par de véritables nullités. Mais il dépendait déjà de celle-ci de faire produire ce même effet à certaines d'entr'elles, en rejetant ceux qui les avaient violées hors de la communauté chrétienne, jusqu'à ce qu'ils se fussent volontairement séparés. Lorsqu'elle eut conquis le droit de juridiction, elle put au contraire leur imposer cette séparation par une annulation proprement dite, et donner dès lors à quelques-unes de ces prohibitions le caractère dirimant. Il fallut donc, par un lent travail qui ne prit fin peut-être que vers le XIIIe siècle, et après des revirements nombreux, faire le départ des divers empêchements entre les deux catégories. Sans suivre les phases de cette longue et pénible élaboration, du moins importe-t-il d'en constater les résultats essentiels.

1372. Le droit canonique fixe à l'époque même de la puberté l'âge auquel on est apte à contracter mariage, c'est-à-dire, conformément au dernier état du droit romain, à quatorze ans pour les garçons et douze ans pour les filles. Mais il ne s'astreint pas au respect de cette règle d'une façon absolue, et, sans doute sous l'influence à la fois de l'opinion

ancienne des Sabiniens, qui ne s'attachaient qu'à l'*habitus corporis,* et de la pratique, très répandue au moyen-âge, de marier les enfants très jeunes, parfois au berceau, il admet la validité du mariage contracté par un impubère, s'il est physiquement capable de s'unir à son conjoint et intellectuellement assez développé pour comprendre l'importance de cet acte. Il semble même qu'il ait admis, *pro bono pacis,* la possibilité d'une union entre enfants absolument incapables de discernement.

1373. Le droit canon affirme de la façon la plus nette la nécessité du consentement personnel des époux, qu'il tient pour l'élément essentiel du mariage : sans lui, ce dernier n'a du mariage que l'apparence, et il n'est pas simplement nul, il n'existe pas. Mais, si l'on fit produire à ce principe fondamental, qui mettait au-dessus de tout la propre volonté des intéressés, une conséquence toute naturelle, en décidant que l'union contractée par le fou en dehors d'un intervalle lucide était dépourvue de toute valeur, par la plus imprudente des exagérations on alla jusqu'à considérer comme purement fictif, et partant comme inexistant, le consentement qu'une personne, en pleine possession de ses facultés, avait manifesté sans vouloir réellement le donner. Et, bien mieux, cette règle se maintint même après que les époux durent échanger solennellement leurs consentements devant le prêtre à peine de nullité, quoiqu'il eût été strictement logique que cette manifestation dût être tenue pour suffisante à les lier, de même qu'à son défaut, et quoique les parties n'eussent pas protesté contre les paroles du curé qui pensait les unir, elles étaient réputées n'être véritablement pas mariées. Il est vrai que les graves inconvénients d'une règle de nature à compromettre autant la stabilité des mariages furent diminués par la difficulté qu'il y avait à fournir la preuve du « *dissensus* ».

1374. Dans une législation attachée avec une pareille rigueur à la nécessité du consentement, les vices dont il était susceptible d'être entaché devaient être de sérieuse conséquence. C'est pourquoi, si le dol qui induit une personne à contracter un mariage reste sans influence sur sa validité, parce qu'en définitive il l'a conduite au bien par les voies

du sacrement, la violence, au contraire, est considérée comme en entraînant la nullité radicale, du moins lorsqu'elle ne consiste pas dans la simple crainte révérentielle, mais qu'elle est de nature à faire impression *in constantem virum vel constantem feminam*. Quant à l'erreur, tandis qu'elle n'infirme par la force du lien conjugal, alors qu'elle est relative à la fortune ou aux qualités morales ou même physiques de l'un des conjoints, réserve faite du cas d'impuissance, elle constitue un empêchement dirimant lorsqu'elle porte sur la personne, c'est-à-dire sur son identité. Or on ne la répute telle que tout autant que l'époux qui en est victime a pris à tort la partie avec qui il a contracté pour une autre personne réellement existante et dont il lui était tout au moins possible de se faire une idée, ne fût-ce que par la renommée, car ce n'est qu'à cette condition qu'il y a méprise de sa part sur l'individualité civile ou sociale de son conjoint.

1375. Enfin le mariage est également nul de nullité radicale, pour cause d'*error conditionis,* lorsqu'une personne libre en épouse une autre de condition servile, qu'elle croit aussi libre qu'elle-même. Cette règle semble, à la vérité, en contradiction avec le principe reconnu de l'égalité de tous les chrétiens devant Dieu (1) et les efforts persévérants qu'à faits l'Eglise pour faire triompher sous ce rapport la personnalité juridique des esclaves. Après avoir donné de bonne heure le caractère d'un véritable mariage à une union dans laquelle les Romains n'avaient voulu voir qu'un accouplement, *contubernium,* ce fut elle en effet qui travailla à la faire respecter par le maître, en l'empêchant d'abord de séparer arbitrairement les époux qui avaient obtenu son consentement, puis en consacrant sa validité lors même qu'elle avait été contractée à l'encontre de sa volonté, et en interdisant au propriétaire de la rompre par une vente qui mît fin à leurs rapports. Mais, longtemps aussi, elle resta attachée, comme la législation séculière, à cet autre principe qui voulait que le mariage ne fût possible qu'entre personnes de même condition, *inter ingenuos et aequales*. Et, lorsqu'elle l'eut aban-

(1) Saint Paul, *Ad Gal.*, III, 26, 28.

donné par suite de l'évolution qui tendait à rapprocher la situation de l'esclave ou du serf de celle d'un homme libre de condition inférieure, il lui parut, après hésitations au reste, que, si le mariage entre époux de conditions inégales devait rester valable quand cette disparité leur avait été connue, leur ignorance à ce sujet devait l'exposer à la nullité, sans quoi la cohabitation aurait, par application des Coutumes, entraîné l'asservissement du conjoint libre. On finit donc par voir dans cette ignorance une *error qualitatis* d'une importance particulière, et qui, à ce titre, devait être réputée absolument substantielle.

1376. En restituant à la volonté des intéressés eux-mêmes, dans la création du lien conjugal, la force dont elle avait été si longtemps privée par le droit romain et par les coutumes barbares, la doctrine catholique ne songea point tout d'abord à l'affranchir complètement du contrôle supérieur du consentement des parents. Avec la loi séculière, elle s'accorda pour exiger des futurs époux qu'ils obstinssent pour leur union l'agrément de ceux qui exerçaient sur eux le droit de puissance. Mais avec le temps, et dès la fin du VIIIe siècle au moins, semble-t-il, cette exigence parut contraire à la faveur dont le mariage devait jouir, à l'objet même de l'institution, qui était de mettre les jeunes gens à l'abri des défaillances de la chair, et, au XIIIe siècle, la doctrine qui proclamait la validité des unions contractées sans l'assentiment de la famille était consacrée par l'Eglise. C'était porter une rude atteinte à l'autorité dont elle continuait cependant à prescrire le respect, par la recommandation qu'elle faisait aux *filiifamilias* d'en prendre toujours le conseil, et, faute de lui conserver sa sanction naturelle, livrer en définitive les enfants, dès le plus jeune âge, à toutes les suggestions de la passion. Aussi le vœu général était-il conforme, lors de la réunion du Concile de Trente, à la disposition si motivée par laquelle on lui proposait de déclarer nuls les mariages qu'ils contractaient sans la permission de leurs parents, avant l'âge de dix-huit ans pour les garçons et de seize ans pour les filles. Mais quoiqu'on eût suggéré l'idée de les autoriser à appeler, devant l'évêque, du refus paternel, cette réforme fut encore consi-

dérée comme trop attentatoire aux principes d'après lesquels, dans le domaine des choses spirituelles, la liberté des âmes ne devait pas être limitée par les rapports civils de puissance, et toute personne naturellement apte au mariage devait être en droit apte à le contracter, pour échapper par là aux mauvaises tentations. Et la validité des unions auxquelles manquait l'assentiment de la famille, et qui furent d'ailleurs de nouveau déclarées détestables, fut solennellement affirmée par le Concile dont on en avait attendu l'absolue condamnation.

1377. Cette liberté des parties, si jalousement défendue, avait été menacée, à toute époque, par les entreprises des détenteurs de l'autorité publique. Déjà sous le Bas-Empire, comme plus tard dans les royaumes barbares, celle-ci avait souvent exercé sur la conclusion des mariages, au profit de particuliers ou dans des vues politiques, une pression à laquelle les familles n'avaient pas pu se soustraire. Les rois francs notamment, tantôt en leur qualité de mainbours, tantôt simplement suivant leur bon plaisir, avaient disposé, à leur fantaisie ou au gré de leurs intérêts, de la main de leurs sujets. Mais l'Église s'était, dès le VIe siècle, déclarée hostile à ces actes d'autorité ou à ces abus de pouvoir, et les Conciles d'Orléans et de Paris avaient édicté des peines sévères, aussi bien contre ceux qui en accepteraient le profit que contre ceux auxquels ils seraient imputables. Sous le régime féodal, il est vrai, il fut plus difficile de réprimer une intervention qui, de la part des seigneurs, constituait fréquemment l'unique sauvegarde de leurs droits de souveraineté, que certaines unions auraient été plus ou moins suceptibles de compromettre. Mais, dans la mesure où elle était de leur part illégitime, elle fut réprouvée elle-même par le Concile de Trente (1), en même temps que la pratique, qui allait tendre à s'établir avec le pouvoir absolu, de lettres de cachet délivrées par le roi et destinées à exercer sur les familles la même contrainte.

1378. Si libérale sous le rapport de la liberté du consentement des époux, nulle législation ne se montra, à l'opposé,

(1) Sess. XXIV, *De reform. matr.*, c. IX.

d'une sévérité aussi rigoureuse que le droit canon, du côté des empêchements résultant de la parenté ou de l'alliance. S'attachant étroitement au principe seul du Lévitique (1), qui défendait le mariage entre parents en des termes dont la généralité était restreinte dans les versets suivants aux plus étroites limites, il fut fixé ensuite dans cette voie de la rigueur par cette considération que le mariage, dont l'objet devait être de répandre une « semence d'amour », perdait son utilité sociale s'il n'unissait pas des étrangers, mais des parents déjà liés par des sentiments naturels d'affection. Et la perspective des dangers des unions consanguines ou des fréquentations auxquelles se laisseraient aller les membres d'une même famille, si l'espoir de régulariser leurs relations ne leur était pas enlevé, ne fut pas pour l'en détourner. C'est pourquoi, après avoir fait sentir, comme on l'a vu, son influence sur la législation même du Bas-Empire, la religion nouvelle, après la chute de celui-ci en Occident, poussa, dès le VIe siècle, la prohibition de mariage jusqu'au sixième degré de la computation romaine, et, à partir du VIIIe, elle lui fit embrasser toute la parenté. Il est vrai qu'elle ne l'étendit tout d'abord que jusqu'au septième ou au sixième degré, dans la fausse croyance qu'à partir de là la parenté était restée à Rome sans effets d'aucune sorte. Mais, lorsqu'elle eut adopté elle-même le système populaire de la computation germanique, qui comptait les degrés, même en ligne collatérale, d'un seul côté, par le nombre des générations qui séparaient l'un des parents de l'auteur commun, la portée de ses défenses en fut singulièrement accrue. Elle le fut du moins lorsque, après avoir adapté ses prohibitions à ce changement dans la méthode de calcul, pour ne pas les aggraver, l'Eglise fut entraînée par la force des mots à les étendre jusqu'au quatorzième degré de la computation romaine, correspondant au septième du système nouveau, et cette extension paraît avoir été un fait accompli à compter du IXe siècle. Aussi la renaissance des études de droit romain fut-elle impuissante, au XIe, à la faire revenir à de plus justes limites. Les faits cependant furent plus forts que le rai-

(1) C. XVIII, v. 6.

sonnement des légistes. Des défenses aussi sévères étaient susceptibles d'être souvent violées par ignorance, alors que le mariage unissait d'ordinaire des familles voisines, et la découverte tardive de la parenté qui existait entre les époux, fréquemment faite par celui qui souhaitait de briser ses liens, en entraînait nécessairement la rupture. Le Concile de Latran dut se résoudre, en l'an 1215, pour ne pas laisser plus longtemps le mariage exposé à de pareilles attaques, à restreindre l'ancienne prohibition au quatrième degré canonique. Elle aurait été même réduite au troisième, si la proposition faite en ce sens au Concile de Trente, au moment même où il venait d'affirmer contre les protestants le droit de l'Eglise de dépasser les degrés mentionnés au Lévitique (1), était parvenue à triompher des résistances auxquelles elle se heurta.

1379. Ces effets n'étaient produits que par la parenté proprement dite ou *consanguinitas,* qu'elle fût d'ailleurs légitime ou naturelle, à la condition du moins, dans le dernier cas, que la paternité pût être prouvée par le bruit public et par l'aveu des parents. Mais ils n'étaient plus aussi amples lorsqu'il s'agissait de la *cognatio legalis,* dérivant de l'adoption, laquelle fut d'ailleurs, sous sa vraie forme, fort peu usitée au moyen-âge et dans les temps qui suivirent. Se conformant sur ce point à la théorie romaine, le droit canon n'établit d'empêchement perpétuel qu'entre l'ascendant adoptif et l'adopté ou ses descendants, tandis que cet empêchement en ligne collatérale ne survivait pas à l'émancipation. Mais, moins rigoureux que cette théorie, il limita celui-ci au degré de frères et sœurs seulement, d'ailleurs légitimes, adoptifs ou naturels, quoique, pour ces derniers, il n'existât pas de lien civil entre eux et les autres.

1380. En revanche il institua toute une nouvelle série de prohibitions qui dérivèrent de la parenté spirituelle, laquelle, sous le nom de *cognatio spiritualis,* naissait elle-même de la participation commune aux sacrements du baptême et de la confirmation. Sur ce fondement qu'ils renouvelaient l'existence de celui qui les recevait, en l'appelant à une vie supé-

(1) Sess. XXIV, *De sacr. matr.,* c. III.

rieure, la vie chrétienne, ou l'y affermissaient, on le considéra comme lié par une parenté d'un ordre plus élevé encore que la parenté ordinaire, avec tous ceux qui lui en avaient facilité ou procuré l'accès. Ainsi s'établirent des empêchements entre le catéchumène et celui qui le baptise, le parrain ou la marraine et le filleul, le filleul et la veuve de son parrain, et cette première catégorie relève de la *paternitas* née du baptême; puis entre les père et mère naturels de l'enfant et ses parents spirituels, unis par la relation de la *compaternitas* et devenus « compères » et « commères », et aussi entre ces parents et les conjoints des autres, auxquels cas la *compaternitas* est dite *indirecta;* enfin entre l'enfant baptisé et les enfants naturels de ses parrain et marraine, lesquels sont par rapport à lui comme des frères spirituels, en vertu de la *confraternitas*. Ce fut encore le Concile de Trente [1] qui tempéra toute cette rigueur à laquelle avait conduit l'abus de la déduction. Il défendit d'admettre au baptême plus d'un parrain et d'une marraine, supprima la *confraternitas,* et ne laissa plus subsister, à titre de dirimants, que les empêchements existant entre ceux-ci, d'une part, et le baptisé ou ses père et mère, d'autre part, puis entre ces dernières personnes et celui qui baptise, en appliquant d'ailleurs les mêmes règles à la confirmation.

1381. Pour rester fidèle à sa conception du mariage, l'Eglise ne pouvait manquer de voir dans l'affinité ou l'alliance la source de multiples empêchements. Aussi bien, après avoir dès l'origine interdit le mariage, non seulement entre alliés en ligne directe d'une façon absolue, mais encore en ligne collatérale entre beaux-frères et belles sœurs, entre le neveu et la veuve d'un oncle, en quoi elle ne dépassait pas le cercle des prohibitions du *Lévitique* [2], après avoir été assez heureuse pour faire passer celles-là dans la législation séculière du Bas-Empire et de la monarchie franque, elle fit plus et s'appliqua à transformer la notion même de l'ancienne *affinitas*. Considérant que deux personnes devenaient par leurs rapports une même chair, elle en conclut que la

[1] Sess. XXIV, *De reform. matr.*, c. II.
[2] XVIII, 8, 14, 15, 16, 17, 18.

parenté de l'une se communiquait réellement à l'autre, sous la forme de l'alliance. Et de là elle déduisit peu à peu, par un travail qui commença au VIIIe siècle, d'abord que l'alliance devait produire les mêmes empêchements que la parenté, de même nature et jusqu'au même degré. Elle en déduisit ensuite que, puisque l'affinité procédait de la *copula carnalis* et non du mariage lui-même, les relations d'un homme et d'une femme non mariés l'engendraient aussi avec toutes ses conséquences, et ainsi se forma la dangereuse théorie de l'*affinitas ex copula illicita,* dont on atténua d'ailleurs le péril en se montrant difficile pour la preuve de ces relations. Elle en déduisit encore, à l'inverse, que l'alliance ne pouvait pas résulter du mariage tant qu'il n'avait pas été consommé; mais cette conséquence resta sans grande portée, étant donné que les fiançailles elles-mêmes faisaient obstacle à l'union d'un des fiancés avec les parents de l'autre et que cet *impedimentum publicæ honestatis* précédait ceux qui devaient naître de l'union conjugale.

Mais elle poussa surtout ce système de déductions jusqu'à ses conséquences les plus déraisonnables, en imaginant un *secundum* et un *tertium genus affinitatis*, en vertu desquels, d'une part, le conjoint ou le simple concubin d'un allié entrait à son tour dans les mêmes rapports d'alliance que lui, et, d'autre part, l'allié *secundi generis* communiquait lui-même, par la consommation du mariage, à son nouveau conjoint la qualité que lui avaient donnée des rapports antérieurs, légitimes ou illégitimes. Il est vrai que la portée de ces deux derniers empêchements avait été réduite au troisième degré de l'alliance pour le premier, et pour l'autre au deuxième. Mais on finit par comprendre qu'elle restait encore infiniment trop grande, et qu'à étendre aussi loin toutes ces prohibitions on compromettait la stabilité des mariages. Le Concile de Latran de 1215 commença l'œuvre de sage réaction en supprimant le deuxième et le troisième genre d'affinité, et en limitant au quatrième degré l'empêchement dérivant du premier genre, et le Concile de Trente (1) la poursuivit plus tard,

(1) Sess. XXIV, *De reform. matr.*, c. IV.

en décidant que l'*affinitas ex copula illicita* ne ferait obstacle au mariage que jusqu'au deuxième degré seulement. En même temps aussi, il ne prohiba plus le mariage qu'entre l'un des fiancés et les parents de l'autre au premier degré, et encore fallut-il pour cela, contrairement à la règle ancienne, que les fiançailles n'eussent pas été nulles pour quelque cause que ce fût (1). Mais il laissa sous l'empire de cette règle l'empêchement qui résultait d'un mariage valable, mais non consommé.

1382. Assuré, bien au-delà de ce qui était nécessaire, par les empêchements dont il vient d'être parlé, le caractère profondément moral du mariage chrétien ne pouvait pas manquer de l'être encore par l'observation la plus stricte du principe de la monogamie. Aussi ce principe resta-t-il, malgré l'exemple des anciens patriarches, au-dessus de toute controverse. En vertu de l'empêchement de la *ligatio* ou du *ligamen*, toute personne encore engagée dans les liens d'une union légitime ne put en contracter une autre, à peine de nullité radicale de celle-ci. Et, après que le divorce eut été définitivement condamné par la doctrine catholique, la dissolution de cette union ne put résulter que de la mort naturelle d'un des conjoints : ni la longue absence, ni la captivité aux mains des infidèles, ni la mort civile elle-même ne furent assez fortes pour rompre le premier lien et permettre d'en former un nouveau. Mais du moins le principe ne fut il pas exagéré, comme en Germanie, jusqu'au point d'interdire le convol au survivant des époux : après certaines hésitations, la validité des « secondes noces » fut reconnue, et même, si on leur refusa la bénédiction nuptiale (2), on ne limita pas le nombre des unions successives que les veufs pouvaient contracter (3).

(1) *Eod. loc.*, c. III.

(2) En réalité, ce n'est pas la bénédiction nuptiale qui leur est refusée, mais seulement une bénédiction particulière, qui n'en est que l'accessoire et qui ne vise que la femme. Elle n'est, d'ailleurs, refusée que pour un motif purement liturgique, savoir que cette bénédiction ne peut être donnée qu'une fois. Aussi n'est-elle refusée qu'au second mariage des veuves, et non point à celui des veufs De plus, s'il s'agissait d'une veuve qui, lors de son premier mariage, n'eût pas reçu cette bénédiction, par exemple parce qu'elle s'était mariée en temps prohibé, elle pourrait la recevoir lors de son second mariage.

(3) Toutefois, de même que l'Eglise a toujours préféré la virginité au mariage,

D'autre part, l'Eglise poursuivit rigoureusement l'union des concubinaires, même laïcs, et si les dures pénalités que le Concile de Trente fut appelé à édicter contre eux durent être finalement assez adoucies, s'ils furent seulement menacés d'excommunication et renvoyés devant la juridiction de l' « ordinaire », au lieu d'être traités en hérétiques et livrés à l'inquisiteur, comme on l'avait d'abord proposé, ce fut beaucoup par égard pour la justice séculière, qui aurait pu voir dans une répression plus directe une atteinte à ses droits, et qui effectivement, du moins en France, finit par ne plus tolérer des officialités qu'elles connussent du délit de concubinage.

1383. Ce fut enfin dans des vues de haute moralité que le droit canonique commença par prohiber le mariage de la femme adultère, même avec un autre homme que son complice. Mais, d'assez bonne heure, la nature de cet empêchement se modifia, et l'adultère, commis par l'un ou l'autre des époux, ne fit plus d'obstacle à son convol que dans deux hypothèses : c'était, en premier lieu, lorsqu'il avait machiné la mort de son conjoint pour se rendre libre, même à l'insu de son complice, ou qu'il avait pris part avec celui-ci à cette machination, les relations adultères ne fussent-elles pas nettement établies, et c'était ensuite lorsqu'ils s'étaient promis de s'épouser au décès du conjoint trompé ou qu'à plus forte raison ils n'avaient pas craint de se marier du vivant même de ce dernier.

1384. A l'adultère qualifié de la sorte on assimila d'abord le rapt, comme constitutif d'un empêchement dirimant, pour essayer de mettre un terme à des violences qui avaient été déjà assez fréquentes à l'époque du Bas-Empire pour faire porter contre lui la peine capitale et qui n'avaient fait, après sa chute, que se multiplier. Mais les tendances du droit canon, si favorables au mariage, l'emportèrent ensuite, et on décida longtemps que la fille enlevée pouvait valablement épouser son ravisseur, à la seule condition que son consen-

elle a toujours déconseillé les secondes unions, surtout pour les veuves. Cf. saint Paul, I^a *Corinth.*, VIII, 39-40; I, *Timoth.*, V, 3 et 4.

tement fût libre, ne fût-il que tacite. Bien mieux, on ne considérait même pas qu'il y eût rapt, lorsque son auteur n'avait fait qu'enlever sa fiancée. Le Concile de Trente (1) lui-même maintint cette dernière règle, mais, par réaction contre les facilités de la première, d'autant plus dangereuses que l'autorisation de la famille continuait à être inutile, il déclara que la femme ne pourrait épouser son ravisseur que tout autant qu'elle aurait été préalablement séparée de lui et mise en lieu sûr. Encore fallait-il, pour que le rapt eût cet effet, qu'il eût été exécuté par violence, et non pas seulement à l'aide de simples manœuvres dolosives.

1385. Dans une législation où la *copula carnalis* avait pris une si grande importance, l'impuissance de l'un des époux devait nécessairement constituer un nouvel empêchement dirimant, du moins lorsqu'elle était antérieure au mariage. Comment y aurait-il eu mariage, alors que, par suite de l'impossibilité de l'union charnelle, les époux ne pouvaient plus être *duo in carne una?* Toutefois, tant que le principe de l'indissolubilité du lien légitime n'avait pas encore triomphé, le divorce offrait un facile moyen de dénouer la situation. Mais, lorsque lui-même eut été définitivement condamné, la question se posa de savoir si l'on ferait une cause de nullité de l'impuissance. L'Eglise gallicane n'hésita point à la reconnaître comme telle, et l'Eglise romaine finit par se rallier à cette doctrine. Après avoir ordonné tout d'abord aux conjoints de vivre comme frère et sœur, elle craignit peut-être que l'un d'eux ne cherchât à s'affranchir par le crime, et elle préféra lui fournir un moyen de reprendre sa liberté. A la condition donc qu'elle existât au jour de l'échange des consentements, l'*impossibilitas coeundi* fut érigée au rang d'empêchement dirimant, qu'elle existât en la personne du mari ou en celle de la femme, qu'elle fût naturelle ou accidentelle et résultât, par exemple, dans ce dernier cas, comme on le croyait alors possible, d'un sortilège ou d'un maléfice, et enfin qu'elle fût connue de l'autre époux ou ignorée de lui. Mais on se refusa du moins à considérer comme telle la stérilité de l'épouse,

(1) Sess. XXIV, *De reform. matr.*, c. VI.

par ce motif que si l'un des buts de l'union, la procréation des enfants, ne pouvait pas être atteint, du moins mettait-elle les époux à l'abri des tentations de la chair ; et, d'autre part, on n'alla pas, sur ce fondement, jusqu'à interdire le mariage aux vieillards, par cette considération qu'il leur procurait les soins et les consolations dus à leur âge.

1386. Le droit canon ne s'était pas laissé arrêter dans cette voie dangereuse par les difficultés de la preuve ; mais il restait à l'organiser. Les modes les plus variés furent mis pour cet objet à contribution, et, suivant les époques ou des distinctions laborieusement faites entre des cas très multiples, les époux purent recourir au jugement de Dieu, qui fut éliminé d'assez bonne heure, ou à des affirmations émanant d'eux-mêmes, ou au serment de sept proches ou témoins, *cum septima manu*, ou à l'épreuve de la cohabitation triennale, ou enfin à la visite corporelle à dire d'experts. Et comme, malgré tous les raffinements de précautions ou toutes les subtilités dont on avait usé dans la détermination de ces divers procédés, la preuve était encore susceptible, par nature, de demeurer incertaine, on ne craignit pas d'admettre qu'en cas d'erreur judiciaire, l'époux faussement déclaré impuissant devrait, même au mépris du nouveau nœud qu'il aurait formé, reprendre la vie commune avec son ancien conjoint, dès que cette erreur aurait été reconnue.

Ce correctif de la théorie n'était pas pour la recommander. Mais elle fut encore aggravée par la suite, d'une part, à la fin du XVIe siècle, lorsqu'une constitution de Sixte-Quint eut fait, pour certains cas, de l'impuissance une nullité absolue, de relative qu'elle était toujours jusque-là, et ordonné au juge de faire valoir d'office cet *impedimentum publicum*, et, d'autre part, lorsque, vers le milieu de ce même siècle, s'introduisit dans la jurisprudence canonique de la France la scandaleuse épreuve du « congrès ». Toutefois, son immoralité jointe à son incertitude l'ayant fait prohiber par un arrêt de règlement du parlement de Paris, en date du 18 février 1677, qui fit jurisprudence générale, les tribunaux ecclésiastiques ne recoururent plus dès lors qu'aux modes anciennement admis d'administration de la preuve.

1387. Avec quelque faveur qu'elle traitât le mariage, la religion catholique avait considéré, de bonne heure, comme lui étant supérieur encore l'état de chasteté, qui témoignait par lui-même de la victoire que l'homme avait su remporter sur ses passions, et, en le privant des affections que développe la famille, lui permettait de se consacrer entièrement au service de Dieu. Et déjà saint Paul n'avait engagé à sortir du célibat que ceux qui, à y demeurer, eussent risqué trop de compromettre leur salut. Aussi, dès les premiers siècles, l'Eglise attacha-t-elle des conséquences juridiques, notamment sous la forme de pénalités, aux vœux solennels faits par des jeunes filles ou des veuves, qui devenaient par là les « fiancées du Christ », tout en continuant à vivre de la vie du siècle; mais elle ne prononça pas elle-même la nullité des unions de celles qui les violaient. Ce fut la législation séculière qui, après s'être contentée de s'associer à la répression organisée par l'autorité ecclésiastique, se décida, dans la période franque, à proclamer cette annulation.

Longtemps aussi, et peut-être jusqu'au Concile de Latran de l'année 1139, la défense de se marier faite aux religieux des ordres monastiques, qui s'étaient astreints, par cela seul qu'ils étaient entrés dans ces ordres ou par des vœux formels, à l'obligation de la continence, ne fut sanctionnée que par des peines plus ou moins rigoureuses; mais, à compter tout au moins de cette dernière date, la sanction de la nullité vint s'y ajouter. Du reste, les vœux solennels de chasteté, considérés dès lors comme constitutifs d'un empêchement dirimant dans tous les cas où ils étaient prononcés, finirent, après hésitation, par ne plus être réputés tels que tout autant qu'ils accompagnaient l'entrée en religion; dans le cas contraire ils n'étaient plus que prohibitifs. Mais leur solennité n'impliquait nullement qu'ils fussent exprès, et ce caractère était susceptible d'appartenir à ceux qui résultaient de certains faits déterminés, tels qu'en principe le port de l'habit monacal, tant du moins que n'eut pas triomphé la maxime « l'habit ne fait pas le moine ».

1388. Etant donné cet esprit, l'engagement dans les ordres sacrés était nécessairement appelé, à son tour, à devenir un

empêchement dirimant. Il ne le devint pas néanmoins tout de suite. Ce n'est point qu'en Occident l'Eglise ne se soit résolue très tôt à imposer le célibat aux ministres du culte, pour les conserver en cet état de pureté qui les rendait plus dignes de servir l'autel et les détacher du monde dans lequel ils avaient une si haute mission de dévouement à remplir. Mais si, dès le IIIe siècle, elle défendit aux clercs des ordres supérieurs de se marier après leur ordination, elle respecta tout d'abord leur mariage lorsqu'il avait précédé celle-ci. Toutefois, tandis qu'en Orient elle restait fermement attachée à ces principes, du moins en ce qui concerne les prêtres, diacres et sous-diacres, en Occident le Concile d'Elvire donnait, en 306, le signal de la réaction, en ordonnant aux clercs mariés des degrés supérieurs de s'abstenir de toutes relations conjugales, et à compter de cette époque ce ne fut plus que la sanction de la prohibition qui varia. Excommunication, déposition, interdiction du ministère ou de l'accès des grades les plus élevés, si elle affecta ces formes diverses, elle n'allait pas encore jusqu'à la nullité du mariage. Cette discipline elle-même ne parvenait pourtant pas à s'imposer de longtemps, malgré tous les efforts de l'Eglise, à ceux qu'elle voulait y soumettre, et, en France notamment, le mariage, parfois le désordre des mœurs, restaient fréquents dans le clergé. Mais, vers le milieu du XIe siècle, la papauté, singulièrement aidée par l'opinion publique dans sa tâche, entreprit de ramener les ecclésiastiques à l'obéissance, et, malgré les résistances intéressées des uns et les objections doctrinales des autres, grâce surtout à l'énergie de Grégoire VII, elle finit par leur imposer le respect de la règle. Chose remarquable, malgré la nécessité d'en assurer l'observation par tous les moyens, la validité du mariage des contrevenants restait entière. Ce ne fut probablement que par une décision du Concile de Latran de 1139 que la nullité en fut édictée, et elle fut d'ailleurs justifiée théoriquement de façons très différentes; car, tandis que la prohibition dérivait, pour les uns, du vœu solennel qui leur paraissait implicitement résulter de l'ordination, les autres y voyaient le produit d'une simple décision de l'autorité législative ecclésiastique, et d'autres enfin, en plus

petit nombre, l'expression d'une incompatibilité absolue entre le mariage et le sacerdoce.

Contre les attaques de la Réforme, le Concile de Trente (1) n'hésita pas à maintenir la règle du célibat des prêtres et le double *impedimentum ordinis* et *voti solemnis,* tout en continuant à considérer comme légitime la discipline contraire suivie dans l'église d'Orient. Aussi ne fit-il reposer la règle que sur une défense de la loi ecclésiastique, qu'elle-même pouvait donc écarter par des motifs supérieurs de tolérance ou d'utilité, comme elle consentit à le faire pour la communauté orientale et pour les clercs des ordres mineurs.

1389. Enfin, par un dernier empêchement, qui dérivait très naturellement du caractère reconnu au mariage par le droit canon, il l'interdisait entre chrétien et infidèle. Simple recommandation au début, cette prescription finit par devenir une prohibition proprement dite, semblable à celle qu'avait portée la loi romaine (2) du Bas-Empire contre les unions entre juifs et chrétiens, et qui se justifiait doctrinalement par ce motif que le sacrement du mariage devait supposer le baptême en la personne des deux conjoints. Aussi restait-il possible entre un catholique et un simple hérétique, lequel avait été baptisé, et n'était-ce qu'un empêchement prohibitif qui faisait obstacle à leur union, tandis qu'il devenait dirimant à l'égard des juifs ou des infidèles.

Ce caractère sacramentel de l'union légitime aurait pu d'ailleurs conduire l'Eglise à n'attacher aucune valeur à celle de deux infidèles. Mais elle se garda de cet abus de la logique, et n'hésita guère à y voir un *verum et legitimum conjugium,* sinon un *conjugium ratum* absolument indissoluble. Et, en le prenant ainsi, elle put se croire autorisée à admettre, sous certaines conditions, celui des époux qui s'était converti à la foi chrétienne à répudier son conjoint, comme aussi, s'ils se convertissaient tous les deux, à reconnaître désormais à leur union tous les effets d'un mariage véritable, du moins lorsqu'elle ne heurtait pas par nature quelque principe essen-

(1) *Loc. cit.*, c. IX.
(2) L. 6, C., *De judaeis et cælic.*, I, 9.

tiel, comme celui de la monogamie ou de l'interdiction du mariage entre trop proches parents. Encore la polygamie elle-même ne devait-elle pas demeurer un obstacle insurmontable à ce que la légitimité de l'union de l'infidèle converti fût reconnue avec toutes ses conséquences, puisqu'il était possible de ne considérer comme valable que son union avec sa première femme, ou, à défaut d'elle, avec celle qui embrassait avec lui sa nouvelle religion.

1390. A ces empêchements si nombreux, dirimants de leur nature, vint s'ajouter dans le droit canonique toute une série d'empêchements prohibitifs, qui ne prirent d'ailleurs toute leur importance que du jour où le contrat cessa d'être purement consensuel et nécessita l'intervention du prêtre, lequel put veiller alors à leur observation. Procédant des fiançailles, des vœux non solennels, à certaines époques de la parenté ou de l'alliance à des degrés éloignés, ils étaient susceptibles de dériver encore, ou de l'*interdictum Ecclesiæ*, par lequel le juge compétent faisait défense à un fidèle d'épouser une personne déterminée, soupçonnée par exemple d'être sa parente, ou de la date de la célébration, à laquelle l'Eglise ne se prêtait pas pendant le *tempus feriarum*, c'est-à-dire surtout dans la période qui précédait Pâques [1], ou bien enfin de certains crimes ou péchés qui engendraient une interdiction perpétuelle ou temporaire de contracter mariage : telle était notamment la conséquence d'un inceste compliqué d'adultère, du meurtre d'un prêtre, du rapt de l'épouse ou de la fiancée d'autrui, du mariage avec une religieuse, et du meurtre, sans justes motifs, de la femme par le mari. Mais, chose remarquable, la défense faite par le droit romain à la veuve de se remarier avant l'expiration du délai de viduité, fixé par lui à un an, et qui n'était déjà plus observée au IXe siècle, ne put pas se faire recevoir dans la législation canonique, qui y vit une atteinte dangereuse portée à la liberté de la femme.

1391. Au total, cette théorie complexe des empêchements

[1] Exactement, le droit canon prohibe le mariage depuis le commencement de l'Avent jusqu'à la fête de l'Epiphanie, et depuis le mercredi des Cendres jusqu'au dimanche dit de Quasimodo.

de mariage reflète le double esprit qui inspira cette législation en la matière : sollicitée à se montrer libérale par le désir de fournir aux hommes un facile abri contre le péché, ses préoccupations morales ou religieuses l'obligèrent souvent, d'autre part, à une rigueur contre laquelle certains de ses interprètes ne craignirent pas de s'élever. Mais il y a mieux, et par un de ces traits curieux qui la caractérisent, elle-même s'appliqua à se modérer, car tels furent l'objet de cette singulière doctrine de la *dispensatio* et le résultat de la pratique si générale des dispenses, qui enlevèrent de leur apparente sévérité à beaucoup des défenses canoniques.

Conçu d'abord comme un moyen de soustraire un fidèle aux conséquences d'une contravention excusable, à l'époque où on ne pouvait lui en demander compte que par voie d'action disciplinaire, le *jus dispensandi*, par l'exercice duquel l'autorité ecclésiastique consentait à l'en relever, dut nécessairement changer de nature lorsque, mise en possession de la véritable juridiction, elle poursuivit devant ses tribunaux la violation de ses prescriptions comme la violation même d'une loi. Il apparut alors en effet, non plus comme un acte de modération du pouvoir judiciaire, qui prenait en considération des circonstances atténuantes, mais comme un acte de puissance du pouvoir législatif, qui suspendait spontanément, et pour un cas particulier, la force de ses volontés générales. Aussi, du juge le droit de dispense passa-t-il au législateur de l'Eglise, c'est-à-dire principalement des évêques au Pape, qui put d'ailleurs le leur conserver, en fait, par voie de délégation. Mais, par une autre conséquence logique de son nouveau caractère, il dut rester impuissant à autoriser toute dérogation, même partielle ou momentanée, à ces règles d'ordre supérieur qui avaient leur origine dans la loi divine ou le droit naturel, et non plus seulement dans la constitution ecclésiastique.

Or ce fut précisément par l'application d'une théorie si originale aux empêchements de mariage qu'après discussions et revirements, le souverain pontife ou ses représentants furent reconnus en possession du pouvoir de lever, soit avant, soit même après la célébration, un très grand nombre d'entre

eux. Ils furent admis notamment à en user pour ceux qui dérivaient de l'impuberté, de l'existence actuelle d'un mariage non consommé, des fiançailles, des vœux solennels, de l'engagement dans les ordres sacrés, de la disparité de religion, de la parenté ou de l'alliance, du moins au delà des premiers degrés, qu'elle fût consanguine, spirituelle ou légale, et enfin de la clandestinité elle-même. Mais il leur fut refusé, au contraire, en tant que l'empêchement résultait de l'absence ou des vices de consentement, de l'impuissance, de la permanence d'un premier lien alors que l'union avait été consommée, et de l'alliance ou de la consanguinité aux degrés les plus proches. Même réduite à ces limites, la faculté des dispenses n'en permettait pas moins d'accommoder à toutes les nécessités vraiment sérieuses de la vie les conceptions les plus rigoristes de la religion catholique, et avec d'autant plus de sûreté que, par l'usage qu'on en pouvait faire même après la conclusion du mariage, on en procurait ainsi réellement, comme on le verra, la confirmation.

1392. Quelle était en effet la sanction de tous ces empêchements? Elle était double, à la fois préventive pour tous, et répressive pour ceux-là seuls qui étaient dirimants. La première se présenta d'abord sous la forme d'une « dénonciation » : toute personne qui avait connaissance d'un empêchement avait le droit et le devoir de le signaler directement à la justice ou au curé, lequel devait surseoir à la célébration jusqu'à ce que le juge eût levé l'interdit par lequel il défendait aux fiancés de passer outre. Mais, dès le XIVe siècle, elle commença à prendre les caractères et le nom d'une « opposition » véritable, semblable à celle qui s'est conservée dans notre droit moderne, c'est-à-dire faite par un acte juridique, signée par son auteur, le rendant partie au procès, et qui finit par ne plus pouvoir être formée que par certaines personnes, telles que les père et mère, le tuteur, ou le fiancé de l'un des futurs époux.

1393. Quant à l'action en nullité, qui sanctionnait un empêchement dirimant, elle était susceptible de revêtir une triple forme. Conçue, sous le nom d'*accusatio,* comme une sorte de poursuite criminelle, elle fût restée comme telle à

la disposition du premier venu, si l'on ne s'était appliqué, par toute une série de déviations, ou bien à la réserver, au contraire, soit aux époux, dans les cas où l'intérêt public ne commandait pas nécessairement qu'elle fût exercée, soit aux parents, seuls autorisés à agir pendant un certain temps, à l'exclusion des étrangers, ou bien à en priver les parents eux-mêmes, tantôt lors seulement qu'ils n'avaient pas usé du droit d'opposition, tantôt toutes les fois qu'ils n'agissaient que sur le fondement d'un intérêt pécuniaire. Mais cette action pouvait s'introduire aussi sous l'aspect d'une « *denunciatio* », par laquelle l'autorité ecclésiastique était appelée, sur l'avis qu'elle recevait, à mettre fin à une union condamnée par ses lois, ou sous celui d'une « *inquisitio* », qu'une plainte formée par les mêmes personnes mettait en mouvement. Au demeurant, si la procédure, quelle qu'elle fût, aboutissait toujours au même résultat, du moins la forme particulière de la dernière ouvrit les voies à la poursuite d'office, c'est-à-dire à la reconnaissance, en faveur de la collectivité, de droits rivaux de ceux des particuliers eux-mêmes.

1394. En conformité, d'ailleurs, avec les caractères ordinaires de la nullité de mariage, le droit canon posa en règle l'imprescriptibilité de l'action destinée à la faire valoir. Il lui parut que le temps devait être impuissant à rendre valable une union qu'il considérait comme radicalement nulle. Par une déduction strictement logique, il fut conduit à repousser la possibilité d'une ratification émanant des époux ou de l'un d'eux et se produisant avec effet rétroactif, lors même que cet empêchement était de nature à disparaître par la suite, parce qu'il procédait soit du défaut d'âge, soit d'un vice du consentement tel que l'erreur ou la violence. Il admit sans doute assez longtemps que le mariage pouvait être alors validé par une manifestation de volonté, expresse ou tacite, comme celle qui résultait d'une cohabitation vraiment consentie; seulement cette *revalidatio,* qui n'opérait d'ailleurs pas dans le passé et qui donnait plutôt naissance à un nouveau mariage, possible tant qu'il resta un contrat consensuel, devint inconcevable à partir du jour où les consentements durent être échangés dans les formes prescrites par le Concile.

Mais, par une conséquence déraisonnable de la nature qu'il avait assignée au mariage, il décida, d'autre part, qu'aucune sentence rendue sur une cause matrimoniale ne serait susceptible de passer en force de chose jugée. Qu'elle statuât en faveur de sa validité ou contre elle, il lui sembla impossible qu'on maintînt au-dessus de toute attaque un jugement contraire à la vérité et qui établissait entre les parties un état dans lequel elles compromettaient leur salut. Et toutes les restrictions qu'on essaya d'apporter à ce principe furent vaines, tant il parut désirable qu'une décision pareille fût toujours l'expression du bon droit. Ce fut au surplus par une suite de cette préoccupation et aussi du désir de prévenir, sous couleur d'annulation, la dissolution volontaire du mariage, que, vers le milieu du XVIIIe siècle, fut instituée, dans tous les procès de cette nature, la fonction du *defensor matrimonii,* chargé de veiller à la manifestation de la vérité.

1395. Par un autre côté, enfin, la doctrine canonique s'appliqua à corriger les effets naturels de l'annulation une fois prononcée. Comme le droit romain, elle avait admis tout d'abord qu'elle entraînerait nécessairement avec elle l'illégitimité des enfants issus de l'union annulée. Mais cette solution n'était-elle pas rigoureuse quand l'un des époux au moins l'avait contractée de bonne foi, alors surtout que les empêchements fondés sur la parenté ou l'alliance étaient si sévères qu'on pouvait fréquemment en ignorer à bon droit l'existence ? Des doutes s'élevèrent sur ce point, au cours du XIIe siècle, et, après des tâtonnements, la théorie du mariage putatif s'édifia peu à peu. On en vint à réputer le mariage valable dans le passé au regard des époux, et même dans l'avenir au regard des enfants déjà nés ou conçus lors de la déclaration de nullité, à la condition toutefois qu'il eût été contracté *in facie Ecclesiæ* et précédé, à partir du quatrième Concile de Latran, de la publication des bans : s'il n'y avait pas eu mariage, du moins y avait-il un *quasi-conjugium,* qui en produisait les effets au point de vue de la légitimité des enfants qui en étaient issus, comme aussi de la légitimation des enfants naturels des conjoints. Puis, par un progrès ultérieur, la

bonne foi qui suffisait en la personne de l'un d'eux, pour assurer aux enfants ce bénéfice, fut considérée comme devant leur profiter à eux-mêmes sous le rapport pécuniaire.

1396. Au surplus, les parties trouvaient encore dans un autre moyen, mais en général sous la même condition de bonne foi, la possibilité d'effacer les conséquences de la nullité de leur union, avec cette différence qu'elle était bien réellement validée d'une façon rétroactive. Tel était l'effet, non d'une dispense ordinaire survenue après coup et qui les autorisait seulement à procéder à une célébration nouvelle, mais d'une dispense spéciale, la *sanatio matrimonii in radice*, qui allait, suivant son nom même, détruire jusqu'à sa racine l'empêchement dont la validité de cette union aurait souffert sans elle, et restituer au consentement des époux toute la valeur dont il était seul à le priver. Ce fut là du moins le résultat de cette curieuse création, lorsque, primitivement imaginée pour permettre la légitimation des enfants nés d'un mariage nul, à la célébration duquel on procédait de nouveau après obtention de dispenses, on la fit servir à sa validation pleine et entière, même dans le passé, pour éviter l'obligation d'un renouvellement du consentement auquel l'un des époux ne pourrait ou ne voudrait se prêter. Et ce fut à elle, par exemple, que la papauté eut recours pour valider les mariages purement civils contractés en France pendant la Révolution, en considération du consentement qui y avait présidé.

1397. Si la conception chrétienne exerça une telle influence sur la formation du mariage, elle ne dut pas en avoir une moindre sur ses effets dans les rapports des époux. Des textes saints, de la Genèse, des Evangiles, comme des paroles de saint Paul, ressortait le principe de l'égalité de l'homme et de la femme, ne faisant qu'un dans l'association conjugale, principe nouveau, mais tempéré encore par une certaine subordination de l'une à l'autre, à la fois conforme à la nature des choses et à l'histoire de leurs origines. L'expression de la puissance maritale avait déjà jailli dans le récit biblique : « *Sub potestate viri eris et ipse dominabitur tibi* » (1), presque

(1) Genèse, III, 16.

aussitôt après que l'étroite communauté d'existence des conjoints s'était affirmée dans la saisissante formule : « *Erunt duo in carne una.* » Et l'apôtre (1) à son tour avait marqué leur rôle respectif en ces termes : « *Mulieres viris suis subditæ sint sicut domino; quoniam vir caput est mulieris, sicut Christus caput est ecclesiæ, ipse salvator corporis ejus. Sed sicut ecclesia subjecta est Christo, ita et mulieres viris suis in omnibus...* » Mais ce droit de commander impose du même coup au mari le devoir du dévouement à l'épouse, qu'il doit chérir comme lui-même : « *Verum tamen et vos singuli, unusquisque uxorem suam sicut se ipsum diligat : uxor autem timeat virum suum.* » Ainsi la nouvelle religion concevait l'union légitime comme une association entre égaux, dans laquelle, s'il y avait un partage nécessaire d'attributions, il n'y avait aucune supériorité de l'un sur l'autre, et elle formulait cette vue élevée dans des règles qui devaient être fécondes en conséquences : « *Una lex de mulieribus et viris* », « *conjuges non ad imparia judicantur.* »

1398. De ce principe d'égalité le droit canonique déduisit que chaque époux avait contre l'autre une action pour l'obliger à accomplir le devoir conjugal (2), et qu'il possédait une sorte de droit de servitude sur la personne de son conjoint. De là l'action en revendication et l'action possessoire qu'il reconnut à chacun d'eux, pour obtenir, par une restitution de la personne de l'autre, le rétablissement de la vie commune, même après une séparation amiable ou un abandon volontaire de la part de celui qui agissait. Toutefois il la refusait à la femme, lorsqu'elle avait été chassée par son mari pour cause d'adultère notoire, ou à l'un ou l'autre des époux, lorsqu'il était à craindre que son conjoint n'eût à souffrir des sévices de celui-ci, à moins qu'il ne répondît sous caution de sa modération. De là aussi la faculté, qu'accordèrent certains docteurs à l'époux abandonné, d'employer la force pour ramener au domicile conjugal le récalcitrant, du moins lorsqu'il s'agissait de la femme. De là enfin l'impossibilité pour chacun des conjoints

(1) *Ad Ephes.*, V, 22 s.
(2) Saint Thomas d'Aquin, *Summa theologica, tertia pars*, quæstio LXIV.

de faire de simples vœux ou d'entrer en religion sans le consentement de l'autre, qui ne pouvait être dépouillé de ses droits sans un acte de sa propre volonté.

1399. Par ce même principe égalitaire, cette législation fut amenée à reconnaître la communauté des enfants, c'est-à-dire leur double filiation, paternelle et maternelle, les rattachant à la fois, et par un lien aussi étroit, à chacun de leurs auteurs et à leurs familles, conférant au père et à la mère des droits semblables vis-à-vis de leurs descendants, sauf à en concentrer, dans un but d'unité, l'exercice entre les mains d'un seul. Et par là la constitution du groupe familial était totalement renouvelée.

1400. Ce même principe devait avoir aussi sa répercussion naturelle dans les rapports pécuniaires des époux, dont ce n'est pas ici le lieu de parler. Il l'eut même si complètement, dans ce domaine, que la puissance maritale, qui devait en être le tempérament, ne pénétra pas dans la sphère du patrimoine, et que la femme conserva, en dehors du régime dotal, la faculté de disposer librement de ses biens, sans avoir même à prendre l'avis de son mari.

De cette puissance, même dans ceux des rapports personnels des conjoints qui n'ont rien de pécuniaire, le droit ecclésiastique semble d'ailleurs avoir accepté plutôt la chose que le nom, car ses docteurs doutent que la femme soit réellement *in potestate viri*. Du moins lui fait-il produire ses effets, d'abord au point de vue du devoir de cohabitation, qu'il maintient absolu pour la femme, tenue de suivre partout son époux, même à l'armée, même en prison, et qu'il ne fait cesser que si celui-ci vit en état de vagabondage ou part pour un lointain pèlerinage ; ensuite, sous le rapport de l'obligation à laquelle elle peut être assujettie de prendre soin du ménage, même de se livrer, selon sa condition, à un travail lucratif, pour aider au soutien des charges de celui-ci. Mais, bien plus, les mœurs poussèrent les canonistes à exagérer cette idée de puissance, en y attachant le droit de correction légère dont le mari pouvait user, pour de justes motifs, à l'égard de l'épouse, de même que ce furent elles encore qui, par une déviation du principe d'égalité, firent refuser à cette dernière le droit de

poursuivre criminellement l'adultère de son conjoint, que le mari seul possédait.

1401. Tels furent les traits essentiels de la législation qui régit le mariage en France, tant qu'elle resta dans le domaine exclusif de l'Eglise et que le sacrement fut considéré comme absorbant le contrat. Mais, avec le temps, cette distinction, qui n'avait même pas été étrangère à l'ancienne théologie, pénétrait dans le droit, et, développée aussi bien par les canonistes que par les civilistes, quoique dans un esprit différent, elle allait fournir le solide fondement de la revendication des prérogatives de la puissance séculière. Avant même qu'elle eût porté tous ses fruits, et plus simplement, les rois allaient se prévaloir de leur droit traditionnel d'intervenir dans la discipline du clergé, pour rentrer dans certaines des attributions qu'il avait usurpées et modifier dans le sens qui leur paraissait convenable les actes législatifs des Conciles et de la Papauté. Au nom de ce principe de souveraineté, les décisions du Concile de Trente, « foi de l'Eglise » en tant qu'elles portaient sur le dogme, étaient repoussées dans leurs parties relatives à la discipline et notamment au mariage, comme attentatoires aux maximes anciennement reçues dans le royaume (1). Sans enlever donc sa force obligatoire au droit canon, des actes royaux venaient consommer les réformes qu'on se refusait à lui emprunter, et peu à peu se constituait ainsi toute une législation civile qui le rectifiait ou le complétait, dont l'observation s'imposait d'ailleurs tout autant au juge ecclésiastique que celle de la législation canonique s'imposait en principe au juge civil, et dont chaque nouvelle disposition fortifiait, en les affirmant, les légitimes prétentions du pouvoir séculier.

Au XVIIIe siècle elles ont définitivement triomphé, et celui-ci ne se croit plus tenu, par un devoir de déférence envers l'Eglise, à ne pas user d'un droit qui lui a, dit Pothier (2), toujours appartenu et qu'il n'a pas pu perdre. « Il y a deux choses dans le mariage, écrira ce ferme défenseur de la doc-

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 349.
(2) *Op. cit.*, n. 11 s.

trine désormais régnante (1) : le contrat civil entre l'homme et la femme qui le contractent, et le sacrement qui est ajouté au contrat civil, et auquel le contrat civil sert de sujet et de matière (2). — Je conviens que le mariage, en tant qu'il est sacrement, est quelque chose de spirituel, et n'est point du ressort de la puissance séculière; c'est pourquoi les princes ne peuvent pas faire des lois sur le mariage, en tant qu'il est sacrement... Mais si le mariage est sacrement, et, sous ce respect, du ressort de la puissance ecclésiastique, il est aussi contrat civil; et comme contrat civil, il appartient à l'ordre politique, et il est en conséquence sujet aux lois de la puissance séculière. La qualité de sacrement qui survient à ce contrat, mais qui en suppose la préexistence, ne soustrait pas ce contrat aux droits qu'a la puissance séculière de régler les contrats, et tout ce qui est de l'ordre politique; car Jésus-Christ, en instituant les sacrements, et en publiant son évangile, n'a pas entendu diminuer ni altérer en rien les droits de cette puissance séculière, qu'il a déclarée être établie de Dieu, et à laquelle il a voulu lui-même être soumis en tant qu'homme, pendant tout le temps qu'il a été sur la terre. »

1402. De ces actes qui, du milieu du XVIe siècle à la fin de l'ancien régime, vinrent modifier la théorie canonique, quelques-uns, les principaux, doivent être ici indiqués (3). Sous le règne de Henri II, et avant même que le Concile de Trente eût songé, d'ailleurs inutilement, à restituer à la famille une autorité souvent méconnue lors de la conclusion des mariages, une ordonnance de février 1556 avait déclaré que les fils légitimes, mineurs de trente ans, et les filles, âgées de moins de vingt-cinq ans, qui se mariaient sans le consentement de leurs parents, pouvaient être exhérédés par leurs père et mère, et que les donations qu'ils leur avaient faites étaient suscep-

(1) *Op. cit.*, n. 15.

(2) Cette distinction du contrat et du sacrement a été condamnée par le *Syllabus* de Pie IX. Il est erroné de soutenir, dit le *Syllabus*, que, dans le mariage, le contrat est séparable du sacrement et que le sacrement consiste uniquement dans la bénédiction nuptiale (Proposition 66).

(3) Cf. Pothier, *Trait. du contr. de mar.*, et *Tr. de la puiss. du mari sur la personne et les biens de la femme;* Viollet, *op.* et *loc. cit.;* Esmein, *op. cit.;* Glasson, *op. cit.*, p. 226 s.

tibles de révocation. Confirmées par l'ordonnance de Blois, de mai 1579 (art. 45), ces déchéances furent aggravées par celle du 26 novembre 1639, aux termes de laquelle les contrevenants et leur postérité furent privés de tous leurs droits successoraux, en ligne directe ou collatérale, ainsi que de tous ceux qui pourraient leur être acquis par contrat de mariage ou par testament. En même temps, et sous les mêmes pénalités, les enfants majeurs eux-mêmes (1) étaient obligés de requérir ce consentement, par voie de « sommations respectueuses », dont un arrêt de règlement du 27 août 1692 déterminait plus tard les formes (2). Puis, complétant la disposition de l'ordonnance de Blois d'après laquelle, à défaut de ses père et mère, le futur époux devait être autorisé par son tuteur ou curateur, qui prenait lui-même l'avis des plus proches parents (art. 43), des déclarations, en date des 6 août 1686 et 24 mai 1724, organisaient une protection toute pareille pour le cas où l'un de ces parents au moins serait « absent de longue absence » et que le lieu de son domicile serait inconnu, ou qu'il serait sorti du royaume. D'autre part, si les enfants naturels étaient, sous ce rapport, reconnus échapper à l'autorité de leurs père et mère, qui n'avaient pas sur eux la puissance paternelle, du moins devaient-ils encore se pourvoir, quand ils étaient mineurs, du consentement d'un tuteur ou curateur, qui leur était nommé s'ils n'en avaient déjà un (3).

1403. Du reste, aucun de ces actes n'avait, en termes exprès, attaché la sanction de la nullité du mariage à l'exigence du consentement de la famille. Ce fut à la jurisprudence à combler cette lacune, et elle le fit par voie d'interprétation extensive, en s'appliquant à démontrer, d'une part que la nullité était impliquée dans les dispositions des ordonnances elles-mêmes (4), et d'autre part qu'elle découlait de certaines des décisions du Concile de Trente. Elle finit ainsi par découvrir un « rapt de séduction » dans toute union contractée sans autorisation par un mineur de vingt-cinq ans, « n'y ayant,

(1) Cf. aussi édit de mars 1697.
(2) Pothier, *op. cit.*, n. 337 s.
(3) Pothier, *op. cit.*, n. 342. — Cf. Glasson, *Du consent. des époux au mar.*, n. 53.
(4) Cf. Pothier, *op. cit.*, n. 321 s.

expliquait-on pour justifier cette présomption, qu'une grande séduction qui puisse porter un mineur à manquer à ce devoir »; et il suffit à cet effet d'assimiler, pour la circonstance, à la violence caractéristique du rapt un simple détournement dolosif, l'un des époux n'eût-il commis d'autre dol que celui de plaire à l'autre. Mais la jurisprudence fonda aussi l'annulation d'un pareil mariage sur le vice de clandestinité dont il lui parut entaché. Tout en admettant que la validité du mariage des majeurs ne souffrait pas du défaut des publications prescrites par l'ordonnance de 1579 (art. 40), elle restitua à ce texte toute la force qu'elle lui avait d'abord indistinctement reconnue, en décidant que ce défaut, joint à l'absence du consentement des parents d'un mineur, entraînerait la nullité de son union. Il lui parut qu'en se proposant d' « obvier aux abus qui adviennent des mariages clandestins », l'objet de cette ordonnance n'était autre que d'empêcher les mineurs de se marier à l'insu de leur famille, et celle de 1639 fut interprétée dans le même sens (1).

1404. Sur un autre point encore, la royauté se montra plus sévère que le droit ecclésiastique. Aucun canon n'avait déclaré nuls les mariages des catholiques avec les hérétiques, lorsque Louis XIV, cédant à la violence des sentiments qui devaient peu après lui dicter la révocation de l'Edit de Nantes, fit de cette diversité de religion ou de confession un empêchement dirimant, et, par les deux Edits de novembre 1680 et d'août 1683, disposa qu'à l'avenir ces mariages, qui devaient être considérés comme « un scandale public et une profanation du sacrement », ne seraient plus valablement contractés. Il est vrai que, sauf en Alsace, où la liberté religieuse garantie aux protestants par les traités ne put leur être retirée, ces Edits ne purent plus avoir d'application à compter du jour où, « n'y ayant plus qu'une religion en France », les réformés eux-mêmes furent, par la plus singulière des fictions, réputés catholiques (2). Et, en Alsace même, cette prohibition finit par être levée par une déclaration du 15 mars 1778.

(1) Cf. Glasson, *op. cit.*, n. 70 s.
(2) Pothier, *op. cit.*, n. 251. — Cf. Glasson, *op. cit.*, n. 58.

1405. S'il portait ainsi, sous ce rapport, une grave atteinte à la liberté de ses sujets, à d'autres égards le pouvoir royal se préoccupait à maintes reprises de la sauvegarder contre les entreprises des seigneurs, dont les princes eux-mêmes s'étaient d'ailleurs souvent faits les complices. Quand ils n'accordaient pas en effet à leurs favoris des lettres de cachet ou des lettres patentes leur permettant de faire séquestrer des femmes, contre le gré même de leurs parents, jusqu'à ce qu'elles consentissent à les épouser, les seigneurs ne craignaient pas d'abuser de leur propre autorité pour vaincre les résistances qu'on opposait, soit à eux, soit à leurs serviteurs et protégés. Mais, quoique l'ordonnance d'Orléans (art. 111) et l'ordonnance de Blois (art. 281), à sa suite, eussent édicté contre ces actes de contrainte les pénalités du crime de rapt et menacé leurs auteurs de la privation du « droit de noblesse », ces abus n'étaient pas rares encore à la veille de la Révolution.

1406. C'était aussi assurer la libre manifestation du consentement des parties et remédier à tous les inconvénients des unions clandestines que d'assujettir à des formalités régulières la célébration du mariage. Cette œuvre, d'un si haut intérêt, fut entamée par l'Ordonnance de Blois de 1579, qui n'eut qu'à s'inspirer des décisions du Concile de Trente. D'une part, elle imposa à toutes personnes l'obligation de faire faire des proclamations de bans « par trois divers jours de festes, avec intervalle compétent », sauf à être dispensées des deux dernières pour de justes motifs (art. 40). Mais l'inobservation de cette condition ne fut pas, malgré la lettre du texte, considérée par la jurisprudence comme de nature à entraîner la nullité de l'union, si, contractée entre majeurs ou même entre mineurs dûment autorisés, la publicité n'en était pas contestée (1). D'autre part, cette Ordonnance prescrivit aux fiancés de s'épouser « publiquement », c'est-à-dire en présence du curé, en face d'Eglise, comme jadis, et, en outre, en présence de quatre témoins dignes de foi, « le tout sur les peines portées par les conciles », c'est-à-dire à peine de nullité (art.

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 69. — Cf. Glasson, *op. cit.*, n. 54 s.

40). En conséquence de quoi elle faisait défense expresse aux notaires de passer ou recevoir « aucune promesse de mariage par paroles de présent » (art. 44) : elle réservait ainsi exclusivement aux prêtres catholiques le droit de procéder par eux-mêmes à la célébration, et ce droit résultait au surplus de ce qu'ils étaient seuls chargés de la tenue du registre destiné à en conserver la preuve (art. 181).

Cent ans plus tard le clergé se plaignait encore de la pratique, connue sous le nom d'un maître des requêtes qui s'y était conformé lui-même, des « mariages à la Gaulmine » : la présence du propre curé à l'échange des consentements s'y trouvait pour ainsi dire extorquée, car les parties se présentaient à l'improviste devant lui, avec deux notaires ou deux témoins, et lui déclaraient qu'en sa présence et celle des notaires ou témoins par elles amenés, elles se prenaient respectivement pour mari et femme (1). Pourtant l'Edit d'Henri IV, de décembre 1606, avait renouvelé les prescriptions de l'acte précédent, en y attachant expressément la sanction de la nullité et en astreignant formellement les juges d'Eglise à « garder les ordonnances ». Puis l'ordonnance de 1629, à son tour, avait prescrit que celle de Blois fût « exactement observée », et, pour déterminer la compétence respective des différents ministres, elle avait fait défense « à tous curés et autres prêtres séculiers ou réguliers, sur peine d'amende arbitraire, de célébrer aucun mariage de personnes qui ne seront de leurs paroissiens, sans la permission de leur curé ou de l'évêque diocésain, nonobstant tous privilèges à ce contraires » (art. 39). Enfin l'ordonnance interprétative de 1639 (art. 1er) avait précisé les caractères de l'intervention du prêtre, en indiquant qu'il « recevrait le consentement des parties, et les conjoindrait en mariage, suivant la forme pratiquée en l'Eglise », et en montrant ainsi que sa présence n'était pas purement passive : si les parties continuaient à être les ministres du sacrement, qu'elles s'administraient réciproquenent elles-mêmes, il

(1) Sur les mariages à la Gaulmine, cf. Planiol, *Tr. élém. de dr. civ.*, 4e éd., I, n. 843. — Cf. aussi Manzoni, *Les fiancés*, chap. VIII.

devenait, ainsi que le constatait Pothier (1), « le ministre des solennités que l'Eglise et le prêtre ont jugé à propos d'ajouter au mariage, pour sa validité », et il était « préposé par l'Eglise et par le prince, pour exercer ce ministère ». L'Edit de mars 1697 vint donc donner une force nouvelle à toutes ces prescriptions, qui restaient encore trop souvent méconnues, et sur un point particulier il les compléta heureusement, en décidant que le domicile matrimonial s'acquerrait par six mois « à l'égard de ceux qui demeuraient auparavant dans une autre paroisse de la même ville, ou dans le même diocèse », et par une année « pour ceux qui demeuraient dans un autre diocèse », sauf aux parties qui ne se le seraient pas encore procuré par un établissement « actuel » et « public » de cette durée à obtenir une permission spéciale de l'autorité ecclésiastique.

1407. En même temps qu'il organisait ainsi les solennités de la célébration du mariage, le pouvoir royal s'était préoccupé d'en assurer la preuve, si incertaine encore dans le droit canonique. Sans bannir du premier coup la preuve testimoniale, mais pour en restreindre tout au moins l'emploi, l'ordonnance de Blois, complétant sur ce point l'œuvre commencée dans un autre but, en 1536, par celle de Villers-Cotterets, avait prescrit aux curés de tenir registre des mariages aussi bien que des baptêmes et enterrements (art. 40 et 181). Mais la jurisprudence, entrant complètement dans ces vues, et jugeant « très périlleux de remettre l'acte le plus important de la vie au dire de quelques témoins qui pourraient être gagnés ou corrompus » (2), se fonda sur l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins, d'après lequel il était défendu de prouver de la sorte les choses qui excédaient cent livres, pour exclure ce mode de preuve dans le plus grand nombre de cas possible. Sous ce prétexte que l'existence du mariage impliquait, conformément au droit commun des pays de coutumes, l'existence d'une communauté conjugale dont l'importance dépassait généralement ce chiffre, elle finit, après avoir admis

(1) *Op. cit.*, n. 350 et 353.
(2) Févret, *Traité de l'abus*, L. V, c. I, n. 19.

d'abord la preuve testimoniale en tant qu'il ne s'agissait que d'établir la formation du lien personnel, par la repousser complètement, à moins que la célébration n'eût été entourée de la plus large publicité. Marchant à sa suite, l'ordonnance de 1629 consacra, dans son art. 40, le principe de la nécessité d'une preuve écrite, dont elle dispensa seuls les paysans et les gens de basse condition, pour lesquels le témoignage des six plus proches parents des parties demeurait encore suffisant. Mais cette exception elle-même fut supprimée par l'ordonnance de 1667 (tit. XX, art. 7), qui conféra aux registres la seule vraie force probante, sauf à y suppléer, suivant les règles ordinaires, dans le cas où ils n'existeraient pas ou auraient été perdus, puisque la rédaction de l'acte, que le curé est tenu de dresser incontinent, n'est point, malgré tout, de l'essence du mariage (1). Et c'est ce principe qui reçut une nouvelle consécration de l'ordonnance du 9 avril 1736.

1408. Si désirable lors de la célébration du mariage, la publicité ne parut pas moins nécessaire après qu'il avait été valablement contracté, pour qu'il pût produire tous ses effets civils. Plus rigoureuse que le droit canon dans son dernier état, l'ordonnance de 1639 (art. 5) n'hésita pas à les refuser à ces unions que les époux tenaient cachées durant leur vie et qui, contraires au « respect qui est dû à un si grand sacrement », « ressentaient plutôt la honte d'un concubinage que la dignité d'un mariage ». Valables quant au lien naturel seulement, elles étaient destituées de tous autres effets légaux, soit dans les rapports des époux, soit à l'égard des enfants qui en étaient issus; mais, tout en ne donnant pas à ces derniers les droits de famille, de succession, de douaire ou de légitime, du moins ne les faisaient-elles point considérer comme bâtards. Si cette sévérité était d'ailleurs de bon aloi, la rigueur que déployèrent la même ordonnance (art. 6 et 7) et l'Edit de 1697 contre les mariages *in extremis*, destinés à réparer une vie de désordres, et aussi contre ceux des condamnés atteints de mort civile (2), était contraire aux

(1) Pothier, *op. cit.*, n 378.
(2) Pothier, *op. cit.*, n. 426 s.

motifs d'humanité auxquels la législation ecclésiastique n'était pas demeurée insensible.

1409. Meilleures furent les inspirations de notre ancienne jurisprudence en ce qui concerne la sanction des empêchements qu'elle consacrait. D'un côté, elle étendit très logiquement le droit d'opposition aux parents qui prétendaient avoir des motifs de faire obstacle au mariage projeté, et notamment aux père et mère, tuteurs ou curateurs de l'un ou l'autre des futurs époux, sauf à les obliger à porter leur opposition devant les tribunaux séculiers, lorsqu'ils n'arguaient pas de l'existence d'une promesse de mariage, puisqu'il ne s'agissait plus que de sauvegarder des intérêts civils (1). D'un autre côté, elle ne fut pas moins heureuse lorsqu'elle répartit les vices dont un mariage pouvait être atteint en « vices absolus », qui froissaient l'ordre public, et « vices respectifs » ou relatifs, qui ne violaient que des droits privés, et que, réservant à ceux dont les droits particuliers avaient été méconnus la faculté de former la « demande en cassation », elle l'accorda en tout autre cas, contrairement aux principes derniers du droit canon, à toutes les personnes qui avaient un intérêt moral ou pécuniaire à l'exercer, sauf à le faire uniquement alors par la voie de l'appel comme d'abus, puisqu'il ne s'agissait plus que d'intérêts temporels (2). Elle ne fut pas moins bien inspirée encore en chargeant les officiers du ministère public de poursuivre l'annulation des unions vicieuses qui causeraient un scandale public, mais en leur prescrivant aussi de ne pas faire de recherches des nullités qui seraient restées ignorées (3). Enfin cette jurisprudence ne doit pas moins être approuvée pour avoir répudié, s'il est vrai qu'elle le fit, la règle canonique d'après laquelle les jugements relatifs à des causes matrimoniales ne jouissaient pas de l'autorité de la chose jugée, et pour avoir ainsi consolidé l'état jusque-là chancelant des personnes. Mais, sur ce dernier point, tandis que nombre d'auteurs (4) félicitaient les Parlements d'avoir par là

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 81 s.
(2) Pothier, *op. cit.*, n. 442 s. et 455.
(3) *Ibid.*, n. 451.
(4) Duperray, *Traité des dispenses de mar.*, Paris, 1769, p. 320; *Confér. ecclés. de Paris*, III, p. 179; Guyot, *Rép. de jurispr.*, v° *Impuissance*, IX, p. 90.

donné satisfaction aux réclamations de l'ordre et de la décence publique, Pothier (1) semblait bien admettre la possibilité de la rétractation du jugement d'annulation, lorsqu'une preuve nouvelle venait à démontrer qu'il avait été mal rendu.

1410. Enfin, quant aux rapports mutuels des époux, notre ancienne jurisprudence avait préféré, aux principes libéraux du droit canon, des règles traditionnelles dans notre pays (2). Sans reconnaître en effet au mari ce pouvoir absolu qui lui avait appartenu en Gaule, avant la conquête romaine, et qui faisait de la femme comme une esclave dans une famille où, par suite de la pratique de la polygamie, on pouvait parfois compter plusieurs épouses, du moins les coutumes germaines l'avaient-elles investi de la même puissance, le *mundium*, que possédait le père sur ses enfants. A vrai dire, c'était réellement la même, qui, par l'achat qui s'en faisait, passait du père, ou de tout autre *mundwald* de la femme, à l'époux. Tout en s'inspirant jusqu'à un certain point d'une pensée de tutelle et de protection d'un être impuissant à protéger ses droits, dans un état de société où on ne pouvait les sauvegarder que les armes à la main, et sans empêcher la femme d'être associée à la fortune et aux dignités du mari, cette puissance n'en conférait pas moins à l'homme l'autorité d'un supérieur, et, sans même parler des droits qu'elle lui donnait sur les biens de l'épouse, elle avait pour conséquence de priver cette dernière de la faculté d'en disposer et d'agir sans permission.

1411. Or, tandis que les pays de droit écrit conservaient à la femme, comme à Rome dans le mariage *sine manu*, son entière capacité relativement à ses biens paraphernaux et l'autorisaient à faire tous les actes qui les concernaient, dans la plénitude de son indépendance, ce furent les principes originaux de notre ancien droit qui se firent recevoir dans les pays de Coutumes. Du *mundium* primitif, qui maintenait les

(1) *Op. cit.*, n. 461.

(2) Cf. Ginoulhiac, *Hist. gén. du dr. franç.*, Paris, 1884, et *Histoire du régime dotal et de la comm. en France*, Paris, 1842; Viollet, *Précis de l'hist. du dr. fr.*, I, Paris, 1886; Laboulaye, *Recherche sur la cond. civ. et polit. des femmes*, Paris, 1843; Paul Gide, *Etude sur la cond. privée de la femme*, 2e éd., Paris, 1885; E. Dubois, *De la condition légale des femmes*, Paris, 1860; Besset, *Etude hist. sur la cond. légale de la femme dans le mar.*, Albi, 1880 (Thèse, Toulouse).

femmes en tutelle perpétuelle, et qui trouva une nouvelle raison d'être dans le régime féodal, tant que le service militaire du fief fut considéré comme essentiel et que, incapables de le fournir, elles furent jugées corrélativement incapables d'exercer l'autorité dont il était le prix, notre droit coutumier affranchit la fille ou la veuve lorsque la possession du fief n'obligea plus qu'à de simples prestations, mais il laissa subsister l'autorité maritale, dans l'intérêt de la bonne administration du ménage. Emancipée par le mariage, si elle ne l'est déjà, de la puissance du père, la femme retombe sous la tutelle et la *mainbournie* de son conjoint, qui réunit comme tel entre ses mains le gouvernement de sa personne et de ses biens (1). Ce gouvernement est même d'autant plus absolu à l'origine qu'il fait naître de lui-même, entre les deux époux, une communauté de biens, qu'ils ne sauraient exclure en stipulant la séparation de leurs intérêts, et son chef est proclamé « seigneur et maître » de tous les droits et actions qui appartiennent à sa femme, tandis qu'elle-même est déclarée incapable de contracter, d'ester en justice et même de tester. Si larges cependant que soient les pouvoirs du mari, et quoiqu'on le représente souvent comme le « sire » ou le « baron » de son épouse, ils n'arrivent point à effacer la personnalité de cette dernière : cette personnalité persiste dans la sphère du patrimoine, dans la mesure où elle conserve la propriété de certains biens, et elle s'affirme encore, sous le rapport des droits de l'individu, soit lorsqu'elle agit elle-même avec son mari, qui la relève de son incapacité, soit surtout lorsqu'elle agit toute seule, à raison de l'impossibilité où il est de l'autoriser, parce qu'il est absent, fou ou captif.

1412. C'est pourquoi cet état de subordination, plus encore que d'incapacité, de l'épouse, devait insensiblement se modifier, à mesure que sa personnalité allait se faire mieux reconnaître. Or l'importance croissante de ses possessions propres, parfois la pratique du négoce, l'influence des idées romaines, l'adoucissement général des mœurs, qui facilitait

(1) Beaumanoir, *Cout. de Beauvoisis*, ch. XXI, 2; Desmares, décis. 35 et 290; Loysel, *Instit. cout.*, liv. I, tit. II, reg. 7 et 20, et liv. I, tit. IV, reg. 3; Loyseau, *Du déguerpissement*, liv. II, ch. IV, n. 7.

le rétablissement de l'égalité entre les sexes, tout devait concourir à ce résultat. L'autorité maritale, conçue tout d'abord comme l'exercice d'un pouvoir dominateur, tendait donc de plus en plus à prendre les caractères d'un pouvoir tutélaire, sans cesser cependant de s'expliquer complètement, même au temps de Pothier, par le devoir de soumission qui incombe à un subordonné vis-à-vis de son supérieur. Mais, si le fondement de l'institution demeurait ainsi le même en apparence, après une lente évolution elle différait fortement, dans le dernier état du droit, de ce qu'elle avait été durant de longs siècles. La femme était remise en possession de la faculté de disposer de son patrimoine, pour après sa mort, par un acte de dernière volonté. Puis, tandis qu'elle était restée privée du droit d'attaquer les actes qu'elle avait faits sans autorisation, tout autant que le mari avait été considéré comme investi dans son propre intérêt d'une autorité qu'il devait avoir seul qualité pour faire respecter, ce droit avait dû lui être accordé, au contraire, du jour où ce pouvoir fut envisagé comme un instrument de protection des intérêts de la femme ou de ceux du ménage. Et certains, comme Pothier, allèrent même dans la réaction contre l'ancien principe, jusqu'à communiquer aux tiers le droit de se prévaloir de la nullité. D'autre part, tandis que l'autorisation supplétive de justice était demeurée longtemps inconnue, parce que, si le mari était hors d'état d'exercer son autorité, la femme recouvrait naturellement son entière indépendance, et que, s'il lui refusait son assentiment, sa volonté devait rester souveraine, le juge devint peu à peu le tuteur de la femme, soit pour lui continuer, à défaut de son conjoint, une protection qui lui était nécessaire, soit pour la prémunir contre les abus de pouvoir de celui-ci. Enfin la puissance maritale, qui avait été d'abord comprise comme engendrant d'elle-même et nécessairement la communauté entre époux, par la maîtrise qu'elle donnait à l'homme sur la personne et sur les biens de la femme, cessa de produire cette confusion des deux patrimoines, qui n'eut plus d'autre source que les conventions matrimoniales. Mais aussi cette puissance subsista-t-elle quand les intérêts des conjoints restaient séparés, du moins avec

une étendue restreinte, et pour empêcher la femme, sinon d'accomplir les actes d'administration, du moins de consommer les actes susceptibles d'être les plus préjudiciables à la famille, alors qu'autrefois la femme séparée judiciairement avait échappé complètement à cette puissance, en rentrant pleinement, par cette séparation, en possession de ses biens. Par tous ces changements, l'autorité maritale s'était peu à peu rapprochée de la conception moderne, qui n'y peut voir, dans le système de l'égalité entre époux, qu'un simple moyen de gouvernement de leurs intérêts collectifs.

1413. Au résumé, malgré des réformes et des compléments d'un réel intérêt, la législation séculière s'était incorporé la réglementation canonique du mariage, et, pour affirmer les droits du pouvoir civil et de l'Eglise gallicane en face de l'Eglise romaine, contenté le plus souvent de faire siens les principes que celle-ci avait posés et développés, par la voix de ses Papes et de ses Conciles, lorsque survint la Révolution. Si les ministres du culte catholique étaient considérés comme les délégués du prince, ce n'en était pas moins de leur titre seul qu'ils tenaient leur qualité d'officiers de l'état civil. Or cette confusion de pouvoirs avait laissé apparaître ses plus graves inconvénients, lorsque les Réformés, privés des garanties de l'Edit de Nantes en même temps que de la liberté de conscience, et notamment du droit qu'ils avaient eu jusque-là de se marier devant leurs pasteurs (1), en avaient été réduits à recourir, pour contracter une union légitime, au ministère des prêtres d'une religion qui n'était pas la leur, et souvent à s'abaisser, pour obtenir ce concours, au simulacre honteux d'une abjuration. Après un siècle d'inutiles persécutions, il avait bien fallu pourtant restituer aux dissidents la faculté de faire procéder à la célébration de leurs mariages, sinon par leurs pasteurs, du moins par des officiers qui ne fussent investis que d'un caractère purement civil, et telle avait été l'œuvre, honorable entre toutes, de l'édit du 28 novembre 1787, qui appelait les juges royaux à remplir cette fonction,

(1) Cf. art. 41 des articles secrets de l'Edit, déclaration du 1er février 1669, et Thibeaud, *Hist. des actes de l'état civil,* Bordeaux, 1891, p 178 s.

en concurrence d'ailleurs avec les curés de la paroisse. Mais cette précieuse conquête ne changeait rien au fond même du droit. Dans une société où l'unité de croyances n'était plus qu'une fiction, où la philosophie réclamait même pour l'homme le droit de n'en plus avoir, la législation civile devait nécessairement s'affranchir de l'influence d'une religion qui ne devait pas tarder à cesser d'être celle de l'Etat, et reconquérir sa pleine autonomie, quitte à lui emprunter, pour leur donner sa consécration, celles de ses règles qui restaient compatibles avec le nouvel état de choses.

1414. Forte des souvenirs du droit romain, déjà préparée par les revendications si fermes des légistes, singulièrement aidée par la distinction capitale du contrat et du sacrement, entre lesquels il n'y avait plus qu'à rompre le lien serré qui avait fait absorber la nature temporelle du mariage par son caractère spirituel, réclamée avec une singulière ardeur par les chefs de la Réforme, aux yeux desquels il n'était plus qu' « une chose extérieure et mondaine », comme toute autre institution civile, malgré ses origines divines, la sécularisation du droit matrimonial, entrevue en 1787, avait été réalisée dans d'autres pays, avant qu'elle le fût dans le nôtre par le législateur de l'ère intermédiaire. En Angleterre, déjà au temps de Cromwel, comme dans les Pays-Bas en 1580 et en 1656, le mariage civil avait fait une apparition plus ou moins durable. Mais nulle part les droits de la puissance séculière n'avaient été proclamés avec autant d'éclat qu'en Autriche, où Joseph II en avait donné, dans une patente de 1783, une saisissante formule : « Le mariage en soi, y disait-il, considéré comme contrat civil, ainsi que les droits et obligations qui naissent de ce contrat et appartiennent aux contractants l'un envers l'autre, reçoivent leur essence, leur force et leur détermination des lois de notre Etat : le jugement des contestations qui peuvent naître à ce sujet, appartient aux tribunaux de notre Etat. » Il restait encore toutefois, par une déduction logique de ces principes, à retirer aux ministres du culte une mission qui leur avait été conservée dans l'Empire. Et c'est précisément par la promesse qu'elle contenait à cet égard, plutôt que par son langage, que

la déclaration de notre Assemblée constituante se distingua de la déclaration du monarque : « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. — Le pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés ; et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes. » Ce fut pour tenir cette promesse solennelle de la constitution de 1791 (tit. II, art. 7), que la loi des 20-25 septembre 1792 transporta, des curés aux officiers de l'état civil qu'elle instituait, en les prenant dans les municipalités des communes, la mission de procéder à la célébration des mariages (1).

1415. Mais, dans l'intervalle qui sépara l'acte constitutionnel de l'acte législatif, beaucoup de catholiques avaient, de leur volonté privée et par pure orthodoxie, dépossédé leurs ministres de leur ancienne fonction. En bouleversant l'organisation du clergé, la « constitution civile » de 1790 avait fait, à leurs yeux, des prêtres assermentés de véritables schismatiques, devant lesquels il devenait impossible de contracter un mariage valable. Privés du droit de s'adresser à leurs anciens pasteurs, et répugnant à l'idée de demander leur concours aux nouveaux, nombre de fidèles se résolurent à échanger leur consentement, en France devant un officier public, le plus souvent un notaire, et à l'étranger devant nos consuls, sauf à faire ensuite sanctifier leur union par un prêtre réfractaire. Avec un libéralisme auquel on aurait pu ne pas s'attendre, la loi de 1792 (tit. IV, sect. IV, art. 9) valida rétroactivement ces mariages, dont la nullité n'était pas douteuse, et imposa seulement aux époux l'obligation d'en faire la déclaration à la municipalité de leur domicile.

1416. A d'autres égards, le législateur révolutionnaire sut moins garder la mesure. S'il eut raison d'obéir à la logique, qui commandait de faire disparaître les empêchements de nature purement canonique, dont le maintien ne se serait pas compris dans un mariage sécularisé, il ne se garda pas

(1) Glasson, *Le mar. civ. et le divorce*, p. 252 s. ; *Du consent. des époux*, n. 79 s. ; Viollet, *op. cit.*, p. 365 s. ; Esmein, *op. cit.*, I, p. 45 s.

assez peut-être de la tentation, qui lui fut commune d'ailleurs avec le droit ecclésiastique, mais à laquelle il céda davantage, de supprimer toutes les entraves apportées à sa conclusion. C'est ainsi que, s'il releva très sagement d'une année l'âge de la puberté, il restreignit un peu trop, semble-t-il, les empêchements fondés sur la parenté ou l'alliance, en n'interdisant le mariage en ligne collatérale qu'entre frère et sœur (Tit. IV, sect. I, art. 11). Peut-être aussi ne donna-t-il pas à la volonté de la famille la part d'influence qu'elle pouvait avoir dans la préparation d'un acte aussi grave, et permit-il trop tôt à la femme divorcée de se remarier après la dissolution de l'union ancienne (1); encore sur ces points le droit canon ne pouvait-il se montrer sévère envers lui. Mais ce fut surtout par la conception relâchée qu'il eut de la force du lien matrimonial, susceptible de se dénouer plus facilement encore qu'il ne se formait, qu'il s'exposa aux critiques les plus sérieuses et qu'il rendit nécessaires certaines des réformes qui furent consommées par le code civil.

1417. Chose remarquable, le principe de la sécularisation a passé dans notre droit nouveau sans avoir été l'objet d'aucune contestation; bien mieux, la disposition du projet qui le consacrait en ces termes : « la loi ne considère le mariage que sous les rapports civils », fut supprimée comme inutile, tant il apparut comme placé désormais au dessus de la discussion. N'était-il point une simple conséquence de l'indépendance respective du pouvoir civil et du pouvoir spirituel, astreints à se renfermer chacun dans une sphère distincte? L'union de deux personnes, qui fondaient ainsi une famille nouvelle, n'était-elle pas un acte civil par nature, c'est-à-dire par ses conditions de validité comme par ses conséquences? Que les époux la fissent sanctifier ou appelassent sur elle les bénédictions du ciel, cette préoccupation d'ordre religieux devait rester étrangère à la société dont ils étaient membres, et qui, également respectueuse de toutes les croyances, n'avait qu'à juger leur action sous le rapport du droit.

(1) Cf. loi du 4 floréal an II, art. 7.

1418. Et cependant la puissance séculière fut entraînée à affirmer sa suprématie sur l'ordre spirituel, non point seulement en ne considérant comme mariage véritable que celui qui serait célébré devant ses représentants, mais encore en n'autorisant les ministres des différents cultes à procéder à la célébration du mariage religieux qu'après que l'officier de l'état civil aurait uni les époux au nom de la loi (art. 199 et 200 C. pénal) (1). On l'en a fortement critiquée dans certains milieux, précisément au nom de l'indépendance réciproque des deux pouvoirs, qui n'admet pas, dit-on, cette subordination de l'un à l'autre, et d'autres esprits ne l'ont défendue de ce grief qu'en faisant valoir de simples considérations utilitaires. A leur sens, c'est pour éviter de regrettables surprises à ceux qui seraient encore tentés de se borner au mariage religieux, qu'il doit être nécessairement précédé par le mariage civil. Ce n'est point là, selon nous, justifier notre législation comme elle veut et doit l'être. Puisqu'elle ne « considère » le mariage que comme un contrat civil, pouvait-elle, sans se démentir, traiter en époux ceux qui ne sont encore unis que par un lien religieux, ou même, sans diminuer sa propre autorité, leur permettre par un acte de leur volonté de se donner ce titre à eux-mêmes? Quand elle déclarait qu'il n'y aurait de mariage que celui qui serait célébré par l'officier public, lui était-il loisible de laisser les ministres d'un culte quelconque donner le même nom à l'union qui ne serait contractée qu'en leur seule présence? Or, comme les parties qui se marient devant eux entendent faire un acte sérieux et qui puisse produire tous ses effets, et non point manifester simplement ainsi leurs croyances, il était logique et loyal de ne leur permettre de l'accomplir qu'après que, légalisé par l'intervention des représentants du pouvoir civil, rien ne l'empêcherait plus de prendre ce caractère d'élévation et de pureté que des cérémonies religieuses peuvent seules, à leurs

(1) Cf. loi du 18 germinal an X, art. 54. — Ces prescriptions n'ont certainement pas été abrogées par la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat. — Trib. Rocroy, 13 mars 1906, et Nancy, 26 avril 1906, *J. Clunet*, 1906, p. 797, *Lois nouv.*, 1906, 4e partie, p. 8. — Crim. rej., 9 nov. 1906, *Gaz. Pal.*, 1906. 2. 403, *Lois nouv.*, 1907, 4e partie, p. 1.

yeux, lui conférer. Et à vrai dire, n'est-il point étrange qu'on accuse la loi de s'être subordonné la religion, pour avoir, non point refusé les effets civils aux unions qui ne sont consacrées que par cette dernière, mais, ce qui n'était pourtant qu'une conséquence, donné le pas à l'officier public sur le ministre du culte?

1419. Avec plus de logique, sinon de raison, l'Eglise s'est attaquée au principe lui-même et a revendiqué hautement, au nom de sa mission et de la nature qu'elle prête au mariage, les droits dont elle a si longtemps joui (1). Mais l'histoire montre qu'elle a été bien loin de les posséder toujours, l'analyse prouve que, pour être d'une particulière importance, l'union légitime n'est qu'un acte civil, et le droit canonique confesse lui-même qu'elle peut exister indépendamment du sacrement. Aussi beaucoup de législations ont-elles, à l'imitation de la nôtre, considéré le mariage comme une de leurs dépendances exclusives. En Belgique, dans les Pays-Bas, en Suisse, en Italie, en Allemagne, en Roumanie, en Hongrie, aussi bien qu'au Brésil, au Chili, dans l'Uruguay, dans la République Argentine et au Mexique, le mariage civil est seul reconnu, et l'Italie est le seul pays de ce groupe où il puisse être précédé par les solennités religieuses. On ne cite guère plus que la Russie et la Serbie où il ne puisse être célébré qu'en la forme religieuse. Partout ailleurs le mariage civil a fait son apparition, tantôt, sous des aspects d'ailleurs divers, comme un complément obligatoire de l'union religieuse, et il en est ainsi en Espagne, en Ecosse, en Grèce et au Pérou, tantôt comme mode facultatif de célébration dans des circonstances variables, et tel est son caractère en Autriche, en Espagne, en Portugal, en Danemark, en Suède et en Norwège. Cette même faculté de choisir entre l'une ou l'autre forme a été laissée enfin sans aucune restriction en Angleterre et aux

(1) Cf. Glasson, *op. cit.*, p. 263 s., et p. 475 s. ; Tissot, *Le mariage, la séparation et le divorce*, Paris, 1868 ; L. Legrand, *Le mariage et les mœurs en France*, Paris, 1879 ; P. Daniel, *Le mariage chrétien et le code Napoléon*, Paris, 1870 ; Balbie, *Rev. crit.*, 1866, XXVIII, p. 125 s. ; 1867, XXX, p. 50, 213 et 261 s. ; Duvergier, *Rev. crit.*, 1866, XXVIII, p. 308 s. ; XXIX, p. 116 s. ; 1867, XXX, p. 128 s., 322 s. ; Thézard, *Rev. gén. du droit*, 1877, p. 480 s., 553 s. ; Ravelet, *Rev. du monde cathol.*, janv. 1870.

Etats-Unis, et dans certaines parties du territoire de l'Union le mariage peut être même purement consensuel. La part de la religion dans la célébration du mariage s'est donc considérablement réduite, et, si l'on songe seulement que c'est l'autorité civile qui consent encore à la lui laisser, tout porte à croire qu'elle n'est point arrivée sous ce rapport au terme de sa décadence (1).

1420. Du moins aura-t elle fortement marqué de son empreinte le contenu de la législation séculière. Dans celle qui nous régit, combien de traits retrouvera-t-on, sans qu'il soit besoin de les préciser à cette place, qui rappellent ou même qui reproduisent les règles canoniques? Après avoir pénétré profondément notre ancien droit, elles ont passé par son entremise dans le nouveau, du moins en grande partie, car le code civil n'a pu, sans remanier de fond en comble une théorie si lentement et si savamment élaborée, qu'en accommoder les principes aux conceptions de l'époque. Ce sont ces caractères de notre droit actuel qui donnent précisément tout son intérêt à cette introduction historique, puisqu'elle suffit à nous montrer les points sur lesquels il a rompu avec les anciennes traditions et ceux pour lesquels il leur est demeuré fidèle. Sa fidélité n'a pas d'ailleurs été toujours bien inspirée, comme toutes ses innovations n'ont pas été également heureuses. Mais ce n'est pas ici le lieu de juger la valeur de ses règles en quelques propositions générales : elle ne peut vraiment ressortir que de leur examen détaillé.

GÉNÉRALITÉS (2)

1421. La meilleure définition du mariage est la plus courte. Aussi pourrait-on dire en peu de termes que c'est l'état de deux personnes, de sexes différents, dont l'union a été consacrée par la loi. De tout temps néanmoins on s'est appliqué à

(1) Cf. Glasson, *op. cit.*, p. 281 s.; Lehr, *Le mariage, le divorce et la séparation dans les principaux pays civilisés*, Paris, 1899, p. 444 s.

(2) Nougarède, *Lois du mariage et du divorce*, 2e édit., Paris, 1816, et *Jurisprudence du mariage*, Paris, 1817; Vazeille, *Traité du mariage, de la puissance maritale et de la puissance paternelle*, Paris, 1826; Pezzani, *Traité des empêche-*

en trouver qu'on croyait plus caractéristiques ou plus magnifiques. Mais les unes ont perdu de leur précision ou de leur vérité, avec les transformations de l'institution elle-même, et dans les autres ont pénétré des éléments qui n'étaient nullement essentiels et qu'on aurait dû en exclure dès l'origine.

Vraie pour l'époque à laquelle le mariage romain associait étroitement la femme à toute l'existence du mari et la faisait participer jusqu'à son culte, la définition de Modestin [1] : « *nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio* », n'aurait plus même évoqué de souvenirs au temps de Justinien, qui, dans ses Institutes [2], devait lui substituer la suivante, plus matérialiste, « *nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam consuetudinem vitae continens* ». Dans notre ancien droit, Pothier [3] aurait exprimé très correctement la réalité, en représentant le mariage comme « un contrat revêtu des formes que les lois ont prescrites, par lequel un homme et une femme... s'engagent réciproquement l'un envers l'autre à demeurer toute leur vie ensemble dans l'union qui doit être entre un époux et une épouse », si sa dernière proposition n'avait impliqué l'indissolubilité de cette union. Mais, pour avoir voulu préciser davantage le but du mariage, en disant que « c'est la société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée », Portalis [4] lui prêta un objet qu'il peut fort bien ne pas avoir,

ments du mariage, Paris, 1838; Chardon, *Traité des trois puissances maritale, paternelle et tutélaire*, Paris, 1842-1844; Duchesne, *Du mariage, Examen comparatif des principes qui le régissent*, etc., Paris, 1844; Allemand, *Traité du mariage et de ses effets*, Paris, 1853; Glasson, *Du consentement des époux au mariage*, Paris, 1866; E. Lehr, *Le mariage, le divorce et la séparation de corps* (droit comparé), Paris, 1899. — Cf. la bibliographie très développée donnée dans ce dernier ouvrage, p. VII s., ainsi que celle qui figure dans le *Répertoire des Pandectes françaises*, v° *Mariage*, II, p. 714.

[1] L. 1, D., *De ritu nupt.*, XXIII, 2.

[2] *Inst.*, 1, *De patr. potest.*, I, 9.

[3] *Traité du contrat de mariage*, n. 3.

[4] *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 481, n. 4. — On peut rapprocher de la définition de Portalis, celle de Mourlon (*Rép. écrites*, I, n. 514) : « Le mariage est

la procréation des enfants, et comme origine des sentiments plutôt intéressés, alors qu'un entraînement instinctif en amène parfois la conclusion.

Il ne serait enfin pas plus exact, du moins dans notre législation, de faire de la possibilité du commerce charnel l'un des éléments de la perfection du mariage (1), puisqu'il ne suppose pas nécessairement la cohabitation des conjoints. C'est pourquoi la prudence commande, en fin de compte, de s'en tenir, pour le définir, à l'état d'union légale qui le constitue : on n'en peut prendre une idée plus complète que par l'étude détaillée des conditions dont il implique la réunion et par la détermination précise de ses effets (2).

1422. Par exemple, que le mariage soit bien un contrat, c'est ce qui a été discuté, mais qui reste incontestable. Cette union a bien son origine dans une convention, à laquelle doivent même présider dans toute leur ampleur la liberté et la spontanéité de la volonté des parties, et de tout temps on l'a considérée comme un contrat. C'est elle que Pothier étudie sous le nom de « contrat de mariage », qui, dans notre droit moderne, désigne les conventions pécuniaires des époux, et Portalis (3) lui donne à tout instant la même qualification (4). Il serait donc inutile de débattre plus longtemps une question qui n'en est pas une, et qui, par surcroît, serait trop oiseuse. Car il est entendu qu'en constatant la nature contractuelle du mariage, on ne prétend pas dire qu'il est, comme tel, néces-

le contrat solennel par lequel deux personnes de sexe différent se promettent mutuellement la fidélité dans l'amour, la communion dans le bonheur, l'assistance dans l'infortune ». Mourlon (*op. cit.*, I, p. 268, note 1) critique, d'ailleurs, la précédente, à laquelle il reproche de ne pas distinguer assez le concubinage du mariage et de représenter la vie comme un poids, ce qui, dit-il, est un système philosophique aussi faux que dangereux. — Cpr. Planiol, I, p. 213, note 2.

(1) Zachariæ, trad. Massé et Vergé, I, § 108, p. 165.

(2) Cpr. Aubry et Rau, V, § 450, p. 5, n. 1 et 2; Demolombe, III, n. 1; Laurent, II, n. 160; Huc, II, n. 1 s.; Planiol, I, n. 691 et 694; Beudant, I, n. 204; Surville, I, n. 137; Wolowski, *Rev. de lég., et de jur.*, 1852, I, p. 5 et 321; II, p. 5.

(3) *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 478 s.

(4) Cf. aussi l'expression *contrahere nuptias* dans les textes romains : Justinien, *Instit.*, pr., *De nuptiis*, I, 10; L. 3, L. 10, L. 11, etc., D., *De ritu nupt.*, XXIII, 2.

sairement soumis aux règles générales des conventions. Comment pourrait-il en effet en être ainsi, alors qu'il a un objet si particulier et que les volontés privées ne sauraient évidemment y jouir de la même autonomie que la loi leur laisse dans la sphère des intérêts pécuniaires (1)?

1423. Le mariage est enfin, depuis que sa sécularisation a été consommée par la Constitution du 3 septembre 1791 (tit. II, art. 7) et la loi du 20 septembre 1792, un contrat purement civil : il est régi exclusivement par la loi civile, quant à sa formation, à ses effets et à sa dissolution (2). Ce principe fondamental avait été formulé par le premier article du projet de notre titre, et, quoiqu'il eût apparu aux rédacteurs du Code comme « une conséquence nécessaire du pacte social, qui, n'excluant pas de culte, n'en reconnaît cependant aucun », on l'avait néanmoins placé au seuil même de la matière, « comme renfermant une déclaration solennelle qu'il était encore utile de proclamer ». Mais l'article finit par être retranché comme exprimant une vérité trop évidente (3).

La loi positive se désintéresse donc absolument des prescriptions des diverses lois religieuses relatives au mariage : elle laisse les parties entièrement libres de s'y conformer, pourvu qu'elles commencent par respecter les siennes, et à tous égards elle ne tient compte elle-même uniquement que de l'observation de celles-ci (4).

1424. La théorie du mariage comprend rationnellement ses conditions de formation, ses effets, et aussi ses modes de dissolution. Mais, comme le Code civil n'a traité que dans un titre séparé, le titre VI, du divorce et de la séparation de

(1) Cpr. Laurent, II, n. 260; Huc, II, n. 3 s.; Planiol, I, n. 692 et 693; Beudant, I, n. 203.

(2) La sécularisation du mariage a eu pour résultat de soulever des conflits assez importants, quoique rares, entre la législation civile et la législation canonique. Cf. sur ces conflits et sur les divers moyens proposés pour les résoudre, René Lemaire, *Le mariage civil,* Paris, 1901; Ch. Boullay, *La doctrine catholique et la législation civile sur le mariage* (Rapport lu au XXVIIIe Congrès des jurisconsultes catholiques, tenu à Rome en 1904), *Revue catholique des institutions et du droit,* 1905, 1er semestre, p. 97; E. Sermet, *Mariage religieux et mariage civil,* même revue, 1907, 2e semestre, p. 239.

(3) Locré, *Lég.,* IV, p. 312, art. 1er; p. 315, n. 4.

(4) Laurent, II, n. 261 s.; Beudant, I, n. 205 s.

corps, qui relâche le lien conjugal sans le briser, conformément au plan même de cet ouvrage notre étude ne portera que sur les deux premières parties de cette théorie. Elle se complètera toutefois, pour ne pas rompre avec l'ordre des matières du Code, par la simple détermination des modes de dissolution de l'union légitime, comme notre titre même.

Faisant d'ailleurs abstraction de la division qui été suivie dans ce titre et qui n'est vraiment pas assez méthodique, nous traiterons dans six chapitres différents : 1° des conditions intrinsèques du mariage; 2° de ses conditions extrinsèques; 3° de la sanction de ces deux sortes de conditions, c'est-à-dire de l'opposition au mariage, de l'inexistence et de la nullité de cet acte, ainsi que de certaines pénalités; 4° de la preuve du mariage; 5° des effets du mariage quant aux rapports personnels des époux et quant à leurs familles respectives; 6° enfin de ses modes de dissolution et des seconds mariages.

CHAPITRE PREMIER

DES CONDITIONS INTRINSÈQUES DU MARIAGE

1425. L'existence ou la validité du mariage sont subordonnées à la fois à l'accomplissement de conditions de fond et de conditions de forme. C'est aux premières seules, dites conditions intrinsèques (1), que ce chapitre est relatif. Mais il les comprendra toutes indistinctement, quelle que soit la rigueur avec laquelle elles sont exigées, et que leur absence ait pour résultat, ou de rendre le mariage inexistant, ou de le rendre simplement nul ou annulable, ou enfin qu'elle forme seulement un obstacle à la célébration du mariage, sans qu'elle puisse en entraîner l'annulation lorsque, malgré tout, il a été célébré. D'une part, il est ainsi beaucoup plus facile, suivant le plan général de cet ouvrage, de se conformer à l'ordre suivi par le Code lui-même dans notre matière, sans avoir à relever d'ores et déjà entre ces diverses conditions des différences qui

1. Aubry et Rau, V, § 453, p. 27.

parfois se dégagent plutôt de l'ensemble de ses dispositions qu'il ne les a formulées. Et, d'autre part, ces différences se traduisant toutes par l'inégale sévérité avec laquelle ces règles sont sanctionnées, il paraît plus logique d'en réserver complètement l'étude pour le chapitre III, sans s'en préoccuper jusque-là. Quelques définitions précises, qui ont l'avantage de les laisser entrevoir, suffiront à cette place.

1426. Au sens large de cette expression, on pourrait dire qu'il y a *empêchement* de mariage toutes les fois qu'une condition exigée par la loi fait défaut, quelle qu'en soit la nature ou l'importance. Il y a obstacle à l'union légitime tout aussi bien et mieux encore lorsque l'un des futurs époux n'a nullement donné son consentement, que lorsque ce consentement est simplement vicié ou que les publications prescrites n'ont pas été faites. En fait, cependant, on ne dit pas qu'il y ait dans le premier cas empêchement de mariage, mais absence d'une condition essentielle ou substantielle, et on n'applique ce terme, emprunté au droit canonique, qu'aux conditions dont l'absence, sans compromettre l'existence même du mariage, en infirme seulement la validité ou en interdit la célébration, suivant que l'empêchement est *dirimant* ou *prohibitif*. D'après cette distinction, qui est passée de cette même législation dans notre doctrine moderne, quoique le code ne l'ait pas explicitement consacrée, on appelle en effet dirimants les empêchements dont la transgression entraîne la nullité du mariage, et prohibitifs ceux qui consistent seulement dans l'interdiction pour l'officier de l'état civil de procéder à la célébration, interdiction qui n'est pas sanctionnée par la nullité (1).

1427. D'autre part, au lieu de confondre toutes les conditions intrinsèques de validité du mariage sous la dénomination d'empêchements, il semblerait plus exact de distinguer les conditions positives, auxquelles est subordonnée l'aptitude matrimoniale des futurs époux et dont ils doivent justifier

(1) Cpr. Aubry et Rau, V, § 453, p. 27; Demolombe, III, n. 13; Laurent, II, n. 346; Huc, II, n. 23 et 24; Planiol, I, n. 998-1000; Surville, I, n. 151; Beudant, I, n. 212.

l'existence en leur personne, des conditions négatives, qui constituent des obstacles au mariage, dont ils n'ont pas eux-mêmes à démontrer l'inexistence, mais qui, susceptibles d'autoriser une opposition, mériteraient seuls cette qualification d'empêchements. Deux considérations toutefois expliquent qu'on n'ait point adopté cette terminologie rigoureuse. D'un côté, le départ à faire entre ces deux catégories de conditions serait des plus délicats : et on pourrait chercher, par exemple, pourquoi le consentement de l'autorité militaire serait une simple condition positive, tandis que l'inexistence d'un mariage antérieur non dissous constituerait un empêchement, alors précisément que la personne qui s'est déjà mariée une première fois doit justifier de la dissolution de cette union. D'un autre côté et surtout, il est bien permis de faire cette confusion, d'ailleurs traditionnelle, entre les deux sortes de conditions, alors que le défaut des unes ou des autres a, en définitive, le même résultat, qui est d' « empêcher » une personne d'être apte au mariage qu'elle se proposait de contracter (1).

1428. On distingue, à un autre point de vue, les empêchements absolus et les empêchements relatifs. Ils sont absolus, quand ils mettent une personne dans l'impossibilité légale de se marier avec qui que ce soit : tel l'empêchement résultant de l'impuberté; relatifs, lorsqu'ils lui interdisent seulement de s'unir à certaines personnes déterminées, comme l'empêchement résultant de la parenté ou de l'alliance au degré fixé par la loi (2). Cette distinction n'a qu'un intérêt purement scolastique, l'empêchement produisant toujours le même effet pour la personne, quant à l'union déterminée qu'elle projetait, à quelque catégorie qu'il appartienne. Elle marque seulement la mesure différente dans laquelle les divers empêchements privent de la faculté de se marier.

1429. Très nombreuses sont les conditions de fond du mariage. Mais il paraît possible de les répartir en quelques groupes, en considération des caractères communs qu'elles

(1) Aubry et Rau, V, § 453, p. 27, n. 1. — Cpr. Beudant, I, n. 211.
(2) Demolombe, III, n. 13.

présentent. Les unes sont relatives à la personne physique des futurs époux : elles ont trait à leur sexe ou à leur âge ; les autres sont relatives à leur propre consentement; d'autres se rapportent au consentement qu'ils doivent obtenir de certaines personnes ou à la notification de leur projet d'union qu'ils sont tenus de leur faire, naguère encore au conseil qu'ils devaient leur demander; une quatrième catégorie comprend celles qui se réfèrent à des liens de parenté ou d'alliance existant entre eux, tandis que dans une cinquième et dernière entrent les conditions qui procèdent de certaines situations dans lesquelles se trouve ou s'est trouvé l'un de ceux qui veulent contracter mariage : existence d'un premier mariage non encore dissous, absence de son conjoint, dissolution d'une union antérieure par la mort ou le divorce, récemment encore relations adultères ayant existé entre les futurs. A chacun de ces groupes sera consacrée une section particulière.

SECTION PREMIÈRE

CONDITIONS RELATIVES A LA PERSONNE PHYSIQUE DES FUTURS ÉPOUX

1430. Elles sont au nombre de deux, la première se rapportant au sexe et la seconde à l'âge des personnes que doit unir le mariage.

I. *Du sexe des futurs époux.*

1431. Les futurs époux doivent être de sexes différents. Cette condition était tellement évidente qu'on n'a pas cru devoir en faire l'objet d'une disposition spéciale de notre code; mais elle est impliquée par certains de ses articles, les art. 213 et 214 notamment, qui déterminent les devoirs respectifs du « mari » et de la « femme » au point de vue de la protection, de l'obéissance et de la cohabitation. Elle dérive mieux encore de la définition et du but du mariage : il ne saurait assurément servir à légitimer les relations contre nature qui peuvent exister entre deux êtres de même sexe ; et l'union qu'ils auraient ainsi contractée sous ce nom resterait sans aucun résultat, qu'elle l'eût été frauduleusement, ou

de bonne foi à la suite d'une méprise sur le sexe de l'un d'eux (1).

1432. A peine y aurait-il lieu de noter une vérité aussi manifeste, s'il ne fallait ajouter qu'il ne saurait, à raison de l'absence de cette première condition, être question de mariage dans le cas où l'un des époux présenterait une telle conformation que son sexe ne serait même pas reconnaissable, puisqu'il ne pourrait être établi qu'il est différent de celui de son conjoint (2). Ainsi présentée, notre proposition nous paraît plus exacte que celle d'un auteur (3), d'après lequel, « pour qu'un vice de conformation puisse faire déclarer un mariage inexistant, il faut qu'il se traduise par une véritable identité avec le sexe de l'autre conjoint ». Cette preuve positive de l'identité des deux sexes ne nous semble pas, en effet, nécessaire ; il suffirait, selon nous, de la preuve négative que l'un des époux n'a pas de sexe véritable, auquel cas notre condition ne serait plus remplie, puisque leurs sexes ne sauraient être démontrés différents l'un de l'autre.

1433. Mais cette condition doit être réputée accomplie, au contraire, par cela seul qu'il est établi que les époux appartiennent à des sexes différents : peu importe que l'un d'eux soit, par son impuissance (4), dans l'impossibilité d'engendrer, que cette impuissance soit le résultat d'une faiblesse des organes, d'une mutilation ou d'une conformation vicieuse, ou

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Hermaphrodite ;* Aubry et Rau, V, § 450, p. 5 ; Demolombe, III, n. 11 ; Planiol, I, n. 713 ; Surville, I, n. 143 ; Beudant, I, n. 214.

(2) Jalabert, *Rev. crit.*, 1873, II, p. 129. — Trib. Seine, 18 avril et 17 déc. 1834, *Gaz. Trib.*, 26 avril et 19 déc. 1834. — Nimes, 29 nov. 1869, S., 70. 2. 78, D., 72. 1. 52. — Montpellier, 8 mai 1872, S., 72. 2. 272, D., 72. 2. 48. — Trib. Alais, 23 janv. 1873, D., 82. 3. 71. — Cpr. Caen, 23 mars 1882, S., 82. 2. 108, D., 82. 2. 155. — Douai, 14 mai 1901, S., 1901. 2. 303, D. (sous Civ. cass., 6 avril 1903), 1904. 1. 395. — Civ. cass., 6 avril 1903, S., 1904. 1. 273 note de M. Wahl, D. (avec les conclusions conformes du procureur général Baudouin), 1904. 1. 395. — Nancy, sur renvoi, 16 oct. 1903, S., 1904. 2. 175, D., 1904. 2. 336. — Cf. aussi Perreau, *Rev. crit.*, 1903, p. 193.

(3) Huc, II, n. 14. — Cpr. Jalabert, *loc. cit.*

(4) Du reste la distinction entre le défaut de sexe et la simple impuissance peut être pratiquement très difficile à faire. Ainsi, dans le même cas, la cour de Douai (14 mars 1901, précité), a vu un cas de défaut de sexe, tandis que la cour de Nancy (16 octobre 1903, précité), après la Cour de cassation (6 avril 1903, précité), y voyait un simple cas d'impuissance.

qu'elle provienne simplement de la frigidité de la constitution (1), et qu'elle soit accidentelle ou naturelle (2).

Il en était différemment en droit romain, où le *castratus* ne pouvait pas contracter mariage, tandis que l'union du *spado* proprement dit était valable, mais susceptible seulement d'être dissoute par un divorce (3). Le droit canon admit également, et d'une façon encore plus étendue, la nullité du mariage pour cause d'impuissance, qu'elle fût naturelle ou non, du moins à la condition qu'elle fût antérieure au mariage, perpétuelle et incurable, mais il l'exclut pour cause de stérilité; et l'impuissance était établie par une expertise médicale, qui ne tarda pas à remplacer l'espèce de jugement de Dieu auquel on avait d'abord recouru. Enfin les règles canoniques furent consacrées par notre ancienne jurisprudence elle-même (4), sauf que l'épreuve du « congrès » se substitua à l'expertise, jusqu'au jour où son immoralité la fit interdire par le Parlement de Paris (5).

Le silence du code suffirait à montrer qu'il s'est sur ce point écarté de la tradition, car il est de principe qu'il n'y a pas de nullité de mariage sans un texte qui la consacre, et

(1) Aubry et Rau, V, § 451, p. 8, n. 4, et § 464, p. 100 et 101, n. 34 s.; Demolombe, III, n. 12; Demante, I, n. 225 *bis*, IV; Marcadé, I, *App.*, VII, n. 567; Laurent, II, n. 298; Huc, II, n. 15; Planiol, I, n. 711-712; Beudant, I, n. 215; Vazeille, I, n. 90; Glasson, n. 133; Magnin, *Des minorités*, I, p. 96, note; Wolowski, *Rev. de lég.*, 1852, I, p. 5 et 321, II, p. 5. — Trib. Seine, 19 déc. 1834, précité. — Toulouse, 10 mars 1858, S., 58. 2. 660, D., 59. 2. 40. — Douai, 14 mai 1901, précité. — Civ. cass., 6 avril 1903, précité. — Nancy, 16 octobre 1903, précité. — Lyon, 16 mai 1906, S., 1906. 2. 168, D., 1907. 2. 21.

(2) Aubry et Rau, V, § 464, p. 100, n. 38; Demolombe, III, n. 12; Demante, *loc. cit.* — *Contra :* Merlin, *Rép.*, v° *Impuissance*, n. 2. — Cpr. Beudant, I, n. 215, — Chambéry, 28 janv. 1867, S., 67. 2. 81. — Nimes, 29 nov. 1869, S., 70. 2. 78. D., 72. 1. 52. — *Contra :* Zachariæ, éd. Massé et Vergé, I, § 110, p. 170, n. 8 et 9; Delvincourt, I, p. 88, note 10; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 319, note 1; Richefort, I, n. 16; Allemand, I, n. 101 s. — Trèves, 27 janv. et 1er juill. 1808, S., 8. 2. 214, D. *Rép.*, v° *Mariage*, n. 76.

(3) Justinien, *Instit.*, § 9, I, 11, *De adopt.* — L. 39, 1, D., *De jure dotium*, XXIII, 3; L. 60, 1, et L. 61, D., *De donat. inter vir. et uxor.*, XXIV, 1; L. 10, C., *De repudiis*, V, 17; Nov. XXII, cap. VI. — Cf. Glasson, *op. cit.*, n. 132.

(4) Arrêt du Parlement de Paris, 8 janv. 1665, *Journ. des audiences*, II, ch. II, p. 356. — Cf. *supra*, Introd. hist., n. 1385 s.

(5) Arrêt de règlement du 18 fév. 1677. — Cf. Pothier, *Contr. de mar.*, n. 96 et 458; Merlin, *Rép*, v° *Congrès*, n. 3, et v° *Impuissance*, n. 1.

il n'en est aucun qui range l'impuissance parmi les causes de nullité. On pourrait être tenté, il est vrai, de la considérer comme une cause d'inexistence du mariage, et prétendre que l'impuissant n'a même pas de sexe, de telle sorte que notre condition ferait défaut à l'union à laquelle il concourt; et tel est effectivement le raisonnement de certains auteurs. Mais il procède d'une conception assurément fausse, et contraire à l'hypothèse même dans laquelle la question se pose, puisque, par supposition, le sexe de chacun des conjoints est reconnaissable. Et comment soutenir, en effet, qu'être incapable d'engendrer, c'est n'avoir réellement aucun sexe?

Avec plus d'apparence de raison il serait permis d'alléguer, comme le faisait déjà Pothier (1), que « quoique l'union des corps ne soit pas précisément et absolument de l'essence du mariage, et que les conjoints par mariage puissent, d'un commun consentement, s'en abstenir, néanmoins, comme la procréation des enfants, à laquelle on ne peut parvenir sans cette union des corps, est la fin principale du mariage, il faut, pour être capable du mariage, avoir au moins le pouvoir de parvenir à cette union des corps ». Mais la force de cet argument serait infirmée à l'avance par cette constatation, seule conforme à la vraie notion du mariage, que le commerce charnel n'est nullement de son essence, de telle sorte que l'impossibilité de ce commerce ne saurait nuire à son existence.

Notre solution est, au surplus, confirmée de tout point par les travaux préparatoires. Il en ressort que l'impuissance ne fut même pas admise comme cause de divorce (2), et que, si elle ne le fut pas comme cause de nullité, ce fut tant pour empêcher le renouvellement des procès scandaleux de notre ancien droit qu'en considération des difficultés pratiques auxquelles se heurte la preuve de ce vice (3). Elle a enfin cet avantage de permettre à des personnes, dont l'une est actuellement impuissante, de procéder à la légitimation d'un enfant issu antérieurement de leurs œuvres, et aussi, abstraction

(1) *Loc. cit.*, n. 96.

(2) *Disc. au C. d'Etat*, Locré, *Lég.*, V, p. 85, n. 9, et Duveyrier, *Disc. au C. lég.*, VI, p. 291, n. 14.

(3) *Disc. au C. d'Etat*, Locré, *Lég.*, VI, p. 35 s., n. 4.

faite de cette circonstance, d'unir légitimement leurs destinées avec tous les effets attachés au mariage, en dehors de toute pensée de consommation de celui-ci.

Il nous paraît donc acquis que le mariage sciemment contracté par des époux, dont l'un était dès lors atteint d'impuissance, est pleinement valable. Mais c'est une tout autre question, qui sera examinée à propos de l'art. 180, que celle de savoir si l'impuissance ne peut pas du moins, lorsqu'elle a été ignorée du conjoint de celui qui en était frappé, entraîner l'annulation du mariage pour cause d'erreur dans la personne.

II. *De l'âge des futurs époux.*

1434. Trois considérations principales doivent concourir à la détermination par le législateur de l'âge auquel les personnes sont aptes à contracter mariage.

Celui-ci ayant d'abord normalement pour objet la procréation des enfants et la fondation d'une famille, et faisant naître en tout cas des rapports corporels entre époux, il y a lieu d'exiger qu'ils soient tous deux pubères, c'est-à-dire que leur corps ait acquis le développement suffisant pour que ces rapports ne soient dangereux, ni pour la santé des époux eux-mêmes, ni pour celle des êtres issus de leurs œuvres. L'humanité, la morale même et le souci de l'avenir de la race commandent donc, en premier lieu, à la loi de ne pas autoriser le mariage trop tôt : il serait impolitique, dit le tribun Gillet (1), de permettre « à des êtres à peine affranchis de la stérilité de l'enfance, de perpétuer dans des générations imparfaites leur propre débilité ». A ce premier point de vue, purement physiologique, la loi doit tenir exclusivement compte du climat et de la constitution des habitants du pays pour lequel elle est faite.

Mais il importe ensuite, et c'est le côté moral du problème, que les époux, le mari surtout, chef du ménage, aient la maturité d'esprit nécessaire pour se diriger convenablement, eux et leur famille, et cette force de volonté indispensable à

(1) *Rapp. au Trib.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 532, n. 6.

la sauvegarde de ses intérêts : à cet égard il ne faut se préoccuper que de leur développement moral et intellectuel.

Et enfin, le mariage, devant être l'œuvre du consentement personnel des conjoints, ne doit être légalement possible qu'à une époque où aucune résolution étrangère, celle de leurs parents par exemple, ne peut se substituer à la leur et les contraindre ainsi à une union vers laquelle il ne se sentent, quant à eux, nullement portés : c'est là une question de capacité et de protection de volontés trop jeunes pour opposer aux desseins de gens plus âgés une résistance efficace. Mais la difficulté d'accorder à ces trois considérations la satisfaction qu'elles réclament se complique encore de la nécessité pour le législateur de ne pas tenir trop longtemps dans la situation fausse du célibat des individus chez lesquels la nature entend exercer ses droits, et de ne pas susciter dans la société les désordres que le mariage a précisément pour objet de prévenir ou de faire cesser.

1435. On ne saurait donc s'étonner que, suivant les points de vue auxquels on s'est placé, on ait tantôt approuvé et tantôt fortement critiqué, comme imprudente (1), la règle posée à cet égard par l'art. 144 du Code civil, lequel est ainsi conçu : « *L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze* » *ans révolus, ne peuvent contracter mariage.* » En tout cas le législateur de 1804 a rompu sous ce rapport avec les errements antérieurs et, si on a pu souvent trouver son innovation trop timide, nul n'a jamais songé à en critiquer l'opportunité. Empruntant en effet au droit romain la règle qui, dans son dernier état, fixait à 12 ans pour les femmes et à 14 ans pour les hommes l'âge de la puberté légale (2), notre ancien droit (3) avait témérairement adopté la même limite, qui, acceptable peut-être pour le climat de l'Italie et pour certaines provinces de l'Empire, était loin d'être assez reculée pour la France. Il aurait pu résulter de cette législation

(1) Cf. Laurent, II, n. 281 et 282; Huc, II, n. 25; Planiol, I, n 706; Beudant, I, n. 216.

(2) Justinien, *Instit.*, pr., I, 22, *quib. mod. tut. finit.*

(3) Pothier, *Contr. de mar.*, n. 94.

des conséquences désastreuses pour notre race, si, « mieux conseillés par la nature que par la loi, suivant la juste remarque de l'orateur du Tribunat (1), la presque totalité des citoyens ne se fût pas abstenue d'user » de cette faculté. Par une mesure d'une sagesse au moins relative, la loi du 20 septembre 1792 (tit. IV, sect. I, art. 1er) éleva l'âge auquel le mariage deviendrait possible à 13 ans pour les femmes et à 15 ans pour les hommes. Et sa réforme fut complétée, insuffisamment selon certains esprits (2), par le Code civil. Tout au moins est-il permis de dire en sa faveur que, la majorité matrimoniale étant fixée à un âge beaucoup plus avancé que l'âge de la puberté, puisqu'elle était, d'après lui, de 21 ou 25 ans suivant les cas, il appartient à ceux dont le consentement est requis pour la validité du mariage de s'y opposer jusqu'au jour où le développement général des futurs époux rend leur union désirable. Si la loi pose la règle, il dépend d'eux de se montrer plus exigeants qu'elle, en l'accommodant aux circonstances particulières.

1436. Mais, comme il leur eût été interdit au contraire d'en faire fléchir les exigences, en consentant au mariage avant que la limite légale fût atteinte, la loi devait prévoir elle-même le cas où il y aurait des motifs impérieux d'abaisser cette limite, et c'est ce qu'elle a fait dans l'art. 145, aux termes duquel « *néanmoins il est loisible au Roi d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves* ». C'est donc au pouvoir exécutif, en règle au Chef de l'Etat, et exceptionnellement aux consuls généraux des pays situés au delà de l'Océan Atlantique (3), qu'il incombe d'apprécier les raisons invoquées par ceux qui sollicitent les dispenses. La cause la plus fréquemment invoquée est la grossesse de la femme : puisque la nature a donné un démenti à la loi et que le mal est fait, il ne peut être question que de le réparer, et les dispenses en offrent le moyen aux coupables : elles sauvent l'honneur de la femme, servent l'intérêt des enfants, qui est de naître légitimes, et, comparée à ce bienfaisant résultat, toute

(1) Bouteville, *Disc. au C. lég.*; Locré, *Lég.*, IV, p. 552, n. 5.
(2) Cf. notamment Planiol, *loc. cit.*
(3) Ord. du 23 oct. 1833, art. 18.

autre considération, quoi qu'on ait pu dire (1), reste secondaire. Mais cette cause n'est pas unique, puisque le Chef de l'Etat jouit d'un pouvoir discrétionnaire, et que, s'il lui a plu de se tracer à l'avance certaines limites, il ne dépend que de lui de les franchir lorsque les circonstances lui semblent le commander. Effectivement des circulaires du ministre de la justice des 10 mai 1824 (2) et 28 avril 1832 (3) ont précisé les cas dans lesquels les dispenses ont le plus de chances d'être accordées, ceux notamment où le mariage projeté doit assurer à l'impubère des moyens d'existence ou mettre ses mœurs à l'abri du danger qu'elles courent, tandis qu'elles posent en principe le rejet de la demande, soit lorsque l'homme n'a pas 17 ans ou la femme 14 ans accomplis, soit lorsque l'homme est de quelques années plus jeune que la femme (4).

1437. Quant aux formes à suivre pour l'obtention des dispenses, elles ont été déterminées par l'arrêté du 20 prairial an XI et développées par les circulaires précitées. A cet effet l'impétrant doit adresser sa requête au procureur de la république près le tribunal de l'arrondissement dans lequel il a son domicile, lequel la transmet avec son avis au procureur général. Le Chef de l'Etat statue sur le rapport du ministre de la justice, et le décret qui accorde la dispense est, à la diligence du procureur de le république, enregistré au greffe du tribunal civil dans l'arrondissement duquel le mariage doit être célébré (5), tandis qu'une expédition de cet acte, portant mention de l'enregistrement, doit être annexée à l'acte de mariage (6).

(1) Huc, II, n. 26.

(2) S., 29. 2. 285. — Cf. Béquet, *Etat civil*, n. 512 s.; Mersier, *Etat civil*, n. 161 s.

(3) S., 32. 2. 219, note 2. — Cf. circ. min. du 11 novembre 1875.

(4) Demol., III, n. 16. — Cf. Planiol, I, n. 707. D'après la circulaire du 18 nov. 1904, la disproportion d'âge ne doit plus être une cause générale de refus des dispenses.

(5) Cet enregistrement des lettres de dispenses est l'un des rares vestiges qui soient restés de l'ancien droit de contrôle qui appartenait aux Parlements, quant aux ordonnances royales. Cf. E. Sermet, *Le droit de grâce*, Toulouse, 1901, p. 254, note 4. — D'ailleurs, le greffier du tribunal requis d'enregistrer les lettres de dispense ne pourrait s'y refuser.

(6) Les droits à payer pour l'obtention d'une dispense d'âge s'élèvent à 130 francs. Les indigents en sont exemptés, (loi du 28 avril 1816, art. 55, loi du 15 mai 1818, art. 77, loi du 10 déc. 1850, art. 4, et loi du 28 fév. 1872, art. 4).

1438. S'il y a ainsi un âge au-dessous duquel on ne peut, sauf dispense, contracter mariage, il n'en est point passé lequel il devienne impossible. La vieillesse la plus avancée n'est pas un empêchement au mariage, car nous n'avons pas dans nos lois de disposition analogue à celle du code russe (1) qui l'interdit à compter de 80 ans révolus. Sur ce point notre droit moderne est conforme à l'ancien, tel que le constatait Pothier (2); et il devait l'être, puisque l'union légitime n'a pas pour but essentiel la procréation et peut fort bien ne créer entre les époux qu'une société légale de secours et d'assistance, fondée sur leur affection respective (3).

1439. Bien mieux, le mariage est possible même *in extremis* (*vitæ momentis*), c'est-à-dire aux approches de la mort de l'un des époux (4). Cette proposition résulte aussi bien du silence de la loi, qui ne le prohibe pas, que des déclarations formelles faites à cet égard par Portalis (5). Les unions de cette nature ont d'ailleurs le plus souvent cet avantage d'offrir à deux personnes le moyen de réparer une vie de désordres et d'assurer le bénéfice de la légitimité aux enfants nés antérieurement de leur commerce. Or c'est précisément pour prévenir les unions illégitimes, en enlevant à ceux qui s'y engagent l'espoir de les réhabiliter au moment de la mort de l'un d'eux, que la déclaration de 1639 (art. 6) avait privé des effets civils les mariages *in extremis*, sans les prohiber, et notamment prononcé la peine de la privation des successions « contre les enfants qui sont nés de femmes que les pères ont entretenues et qu'ils épousent lorsqu'ils sont à l'extrémité de la vie ». Et l'édit du mois de mars 1697, en confirmant sur ce point cette disposition, l'avait étendue aux mariages des femmes qui épousaient, dans les mêmes conditions, des hommes avec qui elles avaient eu un « mauvais

(1) Lehr, *op. cit.*, n. 837.

(2) *Traité du contrat de mariage*, n. 97.

(3) Demolombe, III, n. 17; Huc, II, n. 26.

(4) Demolombe, III, n. 17; Demante, I, n. 273 *bis*, II; Toullier, I, n. 639; Laurent, II, n. 284; Huc, II, n. 15; Beudant, I, n. 215; Fuzier-Herman, art. 180, n. 42 s.; Glasson, n. 107. — Sur les mariages *in extremis*, cf. J. Bressolles, *Rev. de législ. de Toulouse*, année 1905, p. 175.

(5) *Exp. des motifs*, Locré, *Lég.*, IV, p. 507, n. 40.

commerce ». Ces unions conservaient donc leurs effets ordinaires, soit lorsqu'elles n'avaient pas été précédées par des relations illicites, soit, ce qui était une question de fait assez délicate parfois à résoudre [1], lorsqu'aucun des époux n'était aux approches de la mort au moment de la célébration du mariage. On a fini par comprendre que la prohibition, impuissante à empêcher le mal, n'était qu'un obstacle à sa réparation et qu'elle frappait d'innocentes victimes; aussi le code a-t-il été bien inspiré en ne la renouvelant pas. Le mariage *in extremis* ne pourrait donc être attaqué que pour défaut de consentement de la part du mourant, s'il était prouvé, par exemple, qu'il n'a été célébré qu'au moment où il avait déjà perdu l'usage de ses facultés [2].

1440. A peine convient-il enfin de faire observer que la plus grande disproportion d'âge entre les contractants n'est certainement pas, dans le silence de la loi, un empêchement au mariage [3]. Ainsi l'a décidé une Cour [4], dans le cas d'une union contractée par un homme de 30 ans avec une femme de 70 [5].

SECTION II

CONDITION RELATIVE AU CONSENTEMENT PERSONNEL DES FUTURS ÉPOUX

1441. Le mariage étant un contrat, l'une de ses conditions essentielles est évidemment l'échange des consentements personnels des futurs époux, la volonté exprimée par eux-mêmes de se prendre pour mari et femme. Leur union doit être avant tout leur œuvre propre; aucune volonté étrangère, pas même celle de leurs parents ou des personnes chargées par la loi de veiller à leurs intérêts, si bien intentionnée et si éclairée

[1] Cf. Pothier, *op. cit.*, n. 430 s.; *Des successions*, chap. II, sect. 1, § 4; Glasson, n. 107.

[2] Alger, 21 avril 1853, S., 54. 2. 444, D., 55. 2. 342. — Paris, 20 mars 1872, D., 72. 2. 109.

[3] Demolombe, III, n. 18.

[4] Paris, 26 avril 1833, S., 33. 2. 286, D., 33. 2. 207.

[5] Cpr. la circ. du 18 nov. 1904, précitée, p. 93, note 4.

qu'on la suppose, ne saurait à cet égard se substituer à la leur. Personnelle par dessus tout, cette union doit, pour présenter toutes les garanties de sérieux et de bonheur désirables, être consentie par ceux-là mêmes qu'elle intéresse le plus. Aussi est-ce d'eux en personne que le consentement doit émaner, même lorsqu'ils sont légalement incapables de faire les actes ordinaires de la vie civile, sauf à les entourer, sous des formes particulières, de la protection qui leur est due en la circonstance. Et dans la solennité de la célébration du mariage, l'un des principaux objets est précisément d'assurer aussi complètement que possible la sincérité et la liberté de la résolution des futurs époux (1).

1442. L'un des vices les plus graves du mariage doit donc être l'absence du consentement des époux, puisqu'il n'y a pas de condition plus essentielle à sa formation (2). C'est pourquoi, sous une forme aussi négative que possible, la loi, dans l'art. 146, en a formulé l'exigence : « *Il n'y a pas de mariage lors-* » *qu'il n'y a point de consentement.* » C'est en effet sa base même qui se dérobe alors.

Mais cette disposition ne prévoit en ces termes que l'absence totale du consentement. Or la règle d'après laquelle le mariage ne se forme que tout autant que les parties y consentent est plus large. Quoique existant en effet, il est possible que le consentement soit vicié, c'est-à-dire qu'il n'ait pas été donné librement, spontanément, ou en parfaite connaissance de cause. Suivant son importance, ce vice peut compromettre ou non le sort du mariage. Il ne saurait en aucun cas le compromettre d'une façon aussi absolue que lorsque le consentement fait totalement défaut, car il y a une énorme différence entre une chose qui n'existe pas et une chose qui, quoique atteinte de quelque vice, n'en reste pas moins une réalité effective. Et c'est cette différence même qui, tandis qu'elle dispensait le législateur de spécifier les cas dans lesquels il n'y a pas de consentement du tout, l'a obligé au contraire à préciser les vices qui sont assez graves pour faire

(1) Portalis, *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 489, n. 18.
(2) Aubry et Rau, V, § 450, p. 5.

annuler le mariage. Avec la loi elle-même ils seront indiqués ultérieurement (1).

1443. Du principe que les époux doivent par eux-mêmes consentir au mariage, il résulte que tous ceux qui sont, en droit ou en fait, incapables d'exprimer ce consentement ne peuvent pas se marier. Or cette incapacité légale atteint formellement, sauf le cas de dispense, l'homme ou la femme avant qu'ils soient parvenus à l'âge compétent. Atteint-elle aussi l'individu légalement interdit, ou la personne judiciairement interdite ou pourvue d'un conseil judicaire ? La première question sera examinée à la fin de ce chapitre, et la seconde seulement au titre de l'*Interdiction* (2).

1444. Sont, d'autre part, de fait incapables de se marier :

1° L'individu en état de démence lors de la célébration du mariage, à quelque degré qu'il soit privé de l'usage de ses facultés mentales, pourvu du moins que cette privation l'empêche bien réellement de se rendre un compte suffisant de la nature et des conséquences de l'acte auquel il participe, ce qui est une question de fait dont la solution relève du souverain pouvoir d'appréciation du juge. Et peu importe à cet égard que cet individu ait été ou non antérieurement interdit pour cause d'imbécillité, de démence ou de fureur (3). La vérité de ces propositions ressort, et du principe posé par l'art. 146, et du retranchement, opéré dans le projet du Code, de la disposition qui déclarait l'interdit incapable de contracter mariage, sur cette remarque de Cambacérès (4) que la règle générale qui exigeait un consentement valable la rendait totalement superflue : car on remplaçait ainsi l'incapacité légale proposée par une incapacité de fait, dès lors indépendante de l'existence de l'interdiction.

(1) Cf. *infra*, chap. III, sect. II, § 2.

(2) Nous ne croyons pas en effet devoir traiter à cette place une question dont la solution suppose nettement déterminés la nature et le but de cette institution.

(3) Aubry et Rau, V, § 451 *bis*, p. 10, n. 3; Zachariæ, § 451, n. 2; Demante, I, n. 224; Marcadé, I, *Obs. prélim.*, II, n. 620 s.; Valette sur Proudhon, I, p. 391, note *a*; Huc, II, n. 16; Planiol, I, n. 708; Surville, I, n. 159; Beudant, I, n. 224; Fuzier-Herman, art. 146, n. 5 s. et n. 10; Glasson, n. 89. — Cpr. Bastia, 8 fév. 1888, S., 89. 2. 177, et note de M. Labbé, D., 88. 2. 317.

(4) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 312, art. 3; p. 322, n. 12 *in fine*.

1445. Partant aussi, abstraction faite du cas d'interdiction, le fou peut très valablement se marier dans un intervalle lucide, puisqu'en recouvrant la raison, il peut manifester sa volonté. Il lui suffit d'être sain d'esprit au moment de la célébration du mariage, en l'absence de toute disposition légale qui lui retire, dans un haut intérêt de conservation de la race, le droit de fonder une famille nouvelle, et qui le prive des soins et des consolations qu'il peut attendre d'un époux (1).

A plus forte raison la simple monomanie n'enlève-t-elle pas à celui qui en est atteint la faculté de se marier, toutes les fois du moins qu'elle ne l'empêche pas de donner un consentement éclairé à l'union (2).

1446. 2° L'individu en état d'ivresse lors de la célébration du mariage, lorsque l'ivresse est assez profonde pour lui faire perdre l'usage de la raison, puisque le consentement qu'il pourrait exprimer à un pareil moment ne répondrait à aucune volonté sérieuse (3).

3° L'individu qui serait sous l'empire d'une suggestion hypnotique et ne ferait qu'obéir à un ordre reçu (4).

4° Le sourd-muet, lorsque du moins il ne s'offre pour lui aucun moyen de manifester sa volonté, ne fût-ce que par signes, ce qui est des plus rares aujourd'hui. Le plus souvent donc, à notre époque il lui est permis de se marier, dans les mêmes conditions que toute autre personne, la loi n'ayant assujetti, contrairement à l'intention initiale de ses auteurs, l'expression de son consentement à aucune formalité particulière (5). Cette faculté résulte pour lui, toutes les fois qu'il peut se mettre d'une façon quelconque en communication

(1) Aubry et Rau, V, § 451 *bis*, p. 11, n. 4; Planiol, I, n. 709; Glasson, n. 90. — Cf. pour l'ancien droit, Rousseaud de la Combe, v° *Mariage*, 4e partie; Denizart, v° *Furieux*, n. 10; Pothier, *op. cit.*, n. 92; Glasson, n. 61.

(2) Pothier, *loc. cit.*

(3) Laurent, II, n. 272; Beudant, I, n. 224. — Cpr. Planiol, I, n. 273.

(4) Beudant, I, n. 224.

(5) Merlin, *Rép.*, v° *Sourd-muet*, n. 2; Aubry et Rau, V, § 451 *bis*, p. 9, n. 1; Demolombe, III, n. 24; Toullier, I, n. 503; Duranton, II, n. 39; Marcadé, I, art. 146-I, n. 520; Laurent, II, n. 272; Huc, II, n. 18; Planiol, I, n. 861; Beudant, I, n. 222; Vazeille, I, n. 91 et 92; Allemand, I, n. 197 s.; Glasson, n. 88; Fuzier-Herman, art. 146, n. 28 s. — Paris, 3 août 1855, S., 57. 2. 443, D., 57. 2. 175.

avec ses semblables, du principe qu'il n'y a pas, surtout en matière de mariage, d'autres incapacités que celles édictées par la loi; de la tradition, puisque, conformément au droit canon et à la décrétale d'Innocent III (1), ils furent, dans notre ancienne jurisprudence (2), admis aux justes noces; et enfin des travaux préparatoires. Effectivement, l'art. 3 du projet du titre du mariage, qui déclarait incapables « les sourds-muets de naissance, à moins qu'il ne soit constaté qu'ils sont capables de manifester leur volonté », fut supprimé comme superflu en présence de l'art. 146 et comme établissant en règle une incapacité qui devait être très exceptionnelle, à raison des progrès réalisés par l'éducation des personnes atteintes de cette infirmité (3).

Il appartient donc à l'officier de l'état civil d'abord, et ensuite au juge saisi de la question de savoir si le sourd-muet a consenti, d'apprécier en fait la valeur du mode de manifestation de sa volonté auquel il a pu recourir (4).

1447. Le consentement des futurs époux doit être évidemment pur et simple : la nature même de l'acte auquel il est donné empêche absolument qu'il soit affecté d'une condition, d'un terme, ou entouré de réserves quelconques (5). S'il en était exprimé, l'officier de l'état civil devrait, sans aucun doute, ne pas tenir compte de ce consentement, qui, empreint de certaines modalités, n'équivaudrait pas à la déclaration exigée par la loi de chaque partie (art. 75) « qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ». Et si ces modalités restaient, de la part des futurs époux, purement mentales, elles n'influeraient en rien par elles-mêmes sur la validité du mariage (6). Tout au plus pourrait-on rechercher, pour certaines d'entre

(1) Chap. XXIII, *De spons. et matrim.*

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 93; *Code matrimonial*, II, p. 905; Glasson, n. 62.

(3) Locré, *Lég.*, IV, p. 312, art. 3; p. 319 s., n. 12.

(4) Cf. circ. min. du 17 juin 1822, Béquet, *Etat civil*, n. 525; Demolombe, III, n. 24; Hutteau d'Origny, *Actes de l'état civil*, tit. VII, chap. I, § 2, n. 7; Coin-Delisle, art. 75, n. 11 s.; Mersier, *Etat civil*, n. 157.

(5) Aubry et Rau, V, § 451 *bis*, p. 12 et 13, n. 6.

(6) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Glasson, n. 114; Thieriet, *Rev. de lég. et de jurispr.*, 1846, III, p. 161. — *Contra :* Bressolles, *Rev. de lég. et de jurisp.*, 1846, II, p. 149. — Cpr. Montpellier, 4 mai 1847, S., 47. 2. 418, D., 47. 2. 81.

elles, si, lorsque l'un des époux, qui dans le for intérieur s'y était soumis, cherche à s'y soustraire, l'autre ne peut pas se prévaloir juridiquement, soit sous la forme d'une demande en nullité pour cause d'erreur, soit sous celle d'une demande en séparation de corps ou en divorce pour injure grave, de la violation de la parole donnée (1).

SECTION III

CONDITIONS RELATIVES AU CONSENTEMENT QUE LES FUTURS ÉPOUX DOIVENT OBTENIR DE CERTAINES PERSONNES OU A LA NOTIFICATION QU'ILS DOIVENT LEUR FAIRE (2).

1448. Le consentement personnel des futurs époux ne suffit pas toujours à la formation du mariage. Il est des cas où il doit être assorti de l'autorisation donnée, soit dans une pensée de protection, par certaines personnes sous l'autorité desquelles ils sont placés à cet égard, soit, dans un but de contrôle, par des supérieurs dont l'un d'eux relève. Il en est d'autres aussi, où, s'il ne se double pas nécessairement d'une autorisation proprement dite, du moins doit-il être précédé d'une notification que les contractants sont tenus de faire à certains membres de leur famille, dont la loi désire qu'ils prennent préalablement l'avis éclairé. De là la division de cette section en trois paragraphes distincts, dans lesquels seront successivement étudiées les conditions relatives au consentement des parents ou du conseil de famille, à l'autorisation que doivent obtenir de leurs chefs certains fonctionnaires, et aux notifications par lesquelles la loi récente du 21 juin 1907 a remplacé les anciens actes respectueux.

§ I. *Du consentement des parents ou du conseil de famille.*

1449. Il eût été très imprudent de la part de la loi d'abandonner toujours à leurs seules inspirations ceux qui projet-

(1) Cf. *infra*, n. 1744.

(2) Frank Bernard, *Etude historique, juridique et critique sur le consentement des ascendants au mariage*, thèse, Paris, 1899.

tent de se marier. La résistance du lien étroit que crée l'union légitime entre les époux, l'importance de ses effets, même au point de vue purement pécuniaire, l'intérêt de la famille nouvelle qu'elle fonde et aussi celui des familles auxquelles ils appartiennent respectivement, l'intérêt social enfin, directement engagé par les conditions de toutes sortes dans lesquelles le mariage se conclut, tout invitait à prémunir ceux qui s'y préparent contre les entraînements de la passion ou les surprises de l'inexpérience, et commandait de leur donner, en un moment d'où dépend le bonheur de leur vie entière, des protecteurs éclairés. Or il était manifeste qu'ils devaient les trouver surtout dans leur famille, et dans leurs ascendants les plus rapprochés de préférence: aussi n'est-ce qu'à leur défaut qu'ils doivent obtenir le consentement d'un conseil de famille, qui ne présente pas, au point de vue de l'affection et de la responsabilité morale, les mêmes garanties que les ascendants.

L'exceptionnelle gravité du mariage avait même conduit à assurer parfois cette protection à des personnes auxquelles elle est refusée pour les actes ordinaires de la vie civile, et à déterminer, quant au mariage, une majorité spéciale, qui ne coïncidait pas toujours avec la majorité du droit commun (1). Mais une loi toute récente, promulguée le 21 juin 1907, a réagi, à cet égard, contre les exigences, jugées exagérées, du code civil et supprimé toute différence entre la majorité matrimoniale et la majorité ordinaire.

1450. L'objet de cette intervention de la famille ou des personnes qui la remplacent n'eut pas toujours, d'ailleurs, le même caractère. L'organisation même de la famille romaine devait faire du droit pour les ascendants de s'opposer au mariage de tous ceux qui étaient placés sous leur *patria potestas* un attribut essentiel de cette puissance, existant surtout dans l'intérêt de celle-ci, quoiqu'il pût en fait s'exercer dans l'intérêt de l'enfant. De là les particularités principales de ce droit à Rome, qui n'appartient ni aux ascendants maternels,

(1) Cpr. Demolombe, III, n. 34; Demante, I, n. 209; Laurent, II, n. 311; Huc, II, n. 32; Planiol, I, n. 743; Beudant, I, n. 217.

même à la mère, ni, en principe, aux ascendants paternels eux-mêmes qui n'ont pas la puissance, mais qui s'exerce, pour ceux qui en sont investis, quel que soit l'âge de l'enfant et tant qu'il reste dans la famille, tandis que l'enfant *sui juris* peut se marier, en règle, sans prendre l'avis de personne, jusqu'au jour où des constitutions spéciales viennent apporter tardivement à cette liberté dangereuse les restrictions les plus nécessaires. Mais, si ce fut alors par une pensée nouvelle de protection pour les futurs époux (pensée dont on ne tira pas d'ailleurs toutes les conséquences logiques) que ces réformes furent opérées à l'époque du Bas-Empire, ce ne fut, sous le règne d'Auguste, que pour leur permettre d'échapper aux déchéances des lois caducaires, que le refus du *paterfamilias* de consentir aux *justæ nuptiæ* put être attaqué devant le magistrat, ce qui ne se pouvait pas jusque-là (1).

Tout autre devait être la conception du droit canonique. Etant donnée la structure de la famille chrétienne, dans laquelle les père et mère sont mis sur la même ligne, au moins quant au devoir qu'ont leurs enfants de les honorer à tout âge, et considérés au même titre comme les protecteurs naturels de leur faiblesse, ceux-ci devaient être naturellement tenus d'obtenir leur consentement à tous deux, et ce autant dans leur propre intérêt que par déférence pour l'autorité de leurs ascendants. Mais le mariage contracté sans lui cessait-il d'être valable ? Si les pères de l'Eglise (2) le considérèrent comme criminel, il paraît bien, ainsi qu'en témoignent les discussions qui s'élevèrent au sein du Concile de Trente (3), que la doctrine ultérieure fut moins nette, et que la nullité de cette union, valable devant le droit canon (4), finit par ne plus pouvoir procéder que de la loi positive qui lui était applicable (5).

1451. Le droit français se montra tout d'abord beaucoup moins sévère que le droit romain, puisque, sous les rois des

(1) Girard, *op. cit.*, p. 147 s.; Cuq, *op. cit.*, p. 209; Accarias, *op. cit.*, I, n. 83 s.
(2) Saint-Basile, *Epist. ad Amphil.*, can. 42. — Cf. Esmein, *op. cit.*, I, p. 153.
(3) Esmein, *op. cit.*, II, p. 155 s. — Cf. *supra*, Introd. hist., n. 1376.
(4) Planiol, I, n. 745.
(5) Cf. Esmein, *op. cit.*, I, p. 153 s.; Huc, II, n. 31.

deux premières races (1) le mariage des filles était seul subordonné à l'autorisation préalable du père. Encore cette exigence elle-même tomba-t-elle en désuétude. Il fallut alors, pour arrêter le désordre « des mariages qui journellement, par une volonté charnelle, indiscrète et désordonnée, se contractaient en le royaume par les enfants de famille, contre le vouloir et consentement de leurs père et mère, n'ayant aucunement devant les yeux la crainte de Dieu, l'honneur, révérence et obéissance qu'ils doivent à leursdits parents », que, par édit de février 1556 (2), on permit à ceux-ci d'exhéréder les enfants, âgés de moins de 30 ou de 25 ans selon qu'il s'agissait de fils ou de filles, qui auraient méprisé leur autorité. Et les peines de cet édit furent confirmées ou augmentées par l'ordonnance de Blois (art. 40 et 41), l'édit de Melun de 1580 et la déclaration du 26 novembre 1639. Mais, aucun de ces actes n'ayant prononcé expressément la nullité des mariages célébrés contrairement à leurs dispositions, ce ne fut que par voie d'interprétation doctrinale qu'ils furent dans l'ancien droit réputés nuls (3).

La règle qui exigeait le consentement des deux auteurs de l'enfant, conformément au droit canonique, n'en avait pas moins été posée. Elle fut consacrée par la législation intermédiaire; mais la loi du 20 septembre 1792 abaissa à 21 ans, sans distinction de sexe, la majorité matrimoniale. Le code civil avait pris un moyen terme entre ses limites antérieures, et fixé cette majorité à 25 ou 21 ans, suivant les cas, pour les fils, et à 21 ans pour les filles. Mais la loi du 21 juin 1907 (4), due à l'initiative de M. l'abbé Lemire, est revenue à la règle du droit intermédiaire, et désormais, pour les deux sexes, la majorité matrimoniale, abaissée à 21 ans, coïncide toujours avec la majorité du droit commun.

Quant à la nature de l'intervention de la famille, elle est

(1) *Lex Alamannorum*, cap. 54, art. 1; *Capitulaires*, liv. VII, art. 463.
(2) Sur l'incident historique qui motiva cet édit, cf. Planiol, I, p. 259, note 2.
(3) Cf. Huc, II, n. 31; Planiol, I, n. 746. — Cf. *supra*, Introd. hist., n. 1402 s.
(4) Cf. Vallet, *Lois nouvelles*, 1907, 1re part., p. 425 s.; Campistron, *Des modifications apportées à la législation du mariage par la loi du 21 juin 1907*, Toulouse, 1907.

restée, ce qu'elle était depuis les décisions de l'Eglise, beaucoup plus requise en faveur des époux eux-mêmes que dans l'intérêt de l'autorité des parents, quoique leur droit soit assez absolu pour leur permettre de faire, sans même avoir à donner de motifs, une opposition irréductible au mariage, leur qualité ayant fait repousser jusqu'à l'idée d'un abus possible de pouvoir.

1452. Pour préciser la mesure et les conditions de cette intervention, deux cas doivent être distingués, suivant qu'il s'agit d'enfants légitimes ou d'enfants naturels. Mais il faut observer tout de suite qu'elle est requise exactement de la même façon, soit que les futurs époux aient été ou non émancipés, soit qu'ils contractent un premier mariage ou convolent en seconde noces, l'assentiment de leurs parents pouvant ne pas être, en fait, moins nécessaire pour la nouvelle union que pour celle qui l'avait précédée (1). Et il faut ajouter, d'autre part, que l'adoption ne crée aucun devoir particulier, sous ce rapport, envers l'adoptant à l'adopté, lequel reste en effet dans sa famille naturelle (art. 348) (2).

PREMIER CAS. *Du consentement que doivent obtenir les enfants légitimes.*

1453. Trois hypothèses peuvent se présenter, car le consentement doit émaner, selon les cas, ou des auteurs de l'enfant, ou de ses ascendants plus éloignés, ou du conseil de famille.

1454. PREMIÈRE HYPOTHÈSE. *Du consentement des auteurs de l'enfant.* — Ce consentement n'est indispensable aux futurs époux que tout autant qu'ils n'ont pas atteint leur majorité matrimoniale, c'est-à-dire, désormais, l'âge de 21 ans. Voici, en effet, comment s'exprime le nouvel art. 148 du Code civil, tel qu'il a été modifié par la loi du 21 juin 1907 : « *Le fils et* » *la fille qui n'ont pas atteint l'âge de vingt-et-un ans accomplis* » *ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs* » *père et mère; en cas de dissentiment, le consentement du* » *père suffit.* »

(1) Aubry et Rau, V, § 462, p. 71; Demolombe, III, n. 37.

(2) Demolombe, III, n. 61; O. Barrot, *Encycl. jur.*, v° *Adoption*, n. 79; Coffinières, *Encycl. jur.*, v° *Acte respect.*, n. 18.

Avant la dernière loi, la majorité matrimoniale, qui coïncidait pour les filles avec la majorité civile, était reculée de quatre années pour les fils, et c'était à ce retard que faisait allusion la dernière partie de l'art. 488. Plusieurs considérations avaient paru expliquer cette différence. Les filles devenant plus promptement nubiles que les hommes et l'âge auquel il leur devient difficile de se marier convenablement survenant aussi plus vite, il importait, disait-on, de les rendre plus tôt les arbitres de leur propre sort. Cette liberté, d'ailleurs, était pour elles, ajoutait-on, d'autant moins dangereuse qu'elles acquièrent d'assez bonne heure les qualités de discernement nécessaires pour se bien guider, et que leur esprit habituel de soumission à l'autorité paternelle rend les révoltes de leur part improbables et les mariages inconsidérés auxquels elles pourraient consentir, contre le gré de leur famille, extrêmement rares. On pouvait dire enfin que le mariage du fils intéresse plus celle-ci que celui de la fille, puisque c'est lui qui « conserve et perpétue le nom », et que dès lors il devait être soumis à un contrôle plus prolongé (1).

Mais, avec le désir de faciliter le mariage, et par là la régularisation, surtout dans les classes pauvres, de beaucoup d'unions libres, ainsi, peut-être, que l'essor des mouvements de la natalité, si lents dans notre pays; avec le développement de l'esprit d'individualisme et l'affaiblissement de l'autorité de la famille, il a paru, à tort ou à raison, que ces considérations avaient perdu presque toute leur portée, et la loi de 1907 a effacé toute différence entre les deux sexes, quant à la majorité matrimoniale.

1455. Le futur époux étant mineur de vingt-un ans, il se peut tout d'abord qu'il ait ses deux auteurs vivants et tous deux en état de manifester leur volonté : en ce cas il doit, conformément à l'art. 148, obtenir leur commun consentement. Et toutefois, s'il y a dissentiment entre ses père et mère, le consentement du père suffit, tandis que son refus ferait obstacle à la célébration du mariage, de telle sorte qu'en définitive c'est toujours son avis qui prévaut. Dans la néces-

(1) Cpr. Demolombe, III, n. 37; Huc, II, n. 33; Planiol, I, n. 744.

sité de résoudre le conflit qui s'élève entre les parents, on a accordé la prééminence à celui qui exerce tout ensemble la puissance paternelle et l'autorité maritale, ou plutôt à l'homme, en cette seule qualité, ainsi qu'en convenait Portalis (1).

1456. La règle ainsi posée par le Code civil n'admettait aucun tempérament. Il en résultait que, lorsque les deux parents étaient divorcés ou séparés de corps, le père contre lequel le jugement était intervenu, et qui s'était vu priver de la garde de l'enfant, pouvait, par esprit de vengeance, se faire un jeu de refuser à celui-ci un consentement dont il lui était impossible de se passer. La prépondérance qu'on lui conservait s'accordait mal au surplus avec la privation qu'on lui faisait subir, tandis qu'il semblait logique de la faire passer dans les mêmes mains auxquelles avait été confié le droit de veiller à l'éducation de l'enfant. Ce sont ces considérations qui dictèrent aux auteurs de la loi du 20 juin 1896 (2), destinée à rendre le mariage plus facile, la disposition suivante, modifiant l'ancien art. 152 : « *S'il y a dissentiment entre des* » *parents divorcés ou séparés de corps, le consentement de* » *celui des deux époux au profit duquel le divorce ou la sépa-* » *ration aura été prononcée et qui aura obtenu la garde de* » *l'enfant suffira.* » (Art. 3 de la loi).

Ce texte semblait bien subordonner l'attribution de la prépondérance à l'époux en faveur duquel la décision judiciaire était intervenue, à la réunion de deux conditions : il devait avoir obtenu en sa faveur le divorce ou la séparation, ainsi que la garde de l'enfant. Il fallait alors en déduire que le père conservait la prééminence, conformément au droit commun, et, pour le premier cas, aux déclarations faites par le rapporteur lors de la discussion (3) : 1° si la décision avait été prononcée aux torts réciproques des deux époux ; 2° si l'époux qui en avait le bénéfice n'avait pas été chargé en même temps

(1) *Exposé des motifs,* Locré, *Lég.,* IV, p. 486, n. 12. — Cpr. Huc, II, n. 34.

(2) Cette loi fut due, comme celle du 21 juin 1907, à l'initiative de M. l'abbé Lemire, qui s'est efforcé de réaliser une simplification toujours plus grande des conditions et des formalités du mariage.

(3) *Journal officiel, Ch. des Dép.,* 4 avril 1895, p. 1190.

de la garde de l'enfant (1). Peut-être avait-on pensé que la prépondérance devait rester alors là où restait la garde elle-même, sans songer qu'elle pouvait être confiée à un tiers, ou que le père avec lequel l'enfant continuerait à vivre n'aurait aucun mauvais sentiment contre lui.

Mais tout doute a cessé depuis la loi du 21 juin 1907, qui a ajouté à l'art. 152 du Code civil, déjà modifié en 1896, un alinéa ainsi conçu : « *Faute de réunir ces deux conditions,* » *celui des père et mère qui consentira au mariage pourra* » *citer l'autre devant le tribunal de première instance siégeant* » *en chambre de conseil; le tribunal compétent sera celui du* » *domicile de la personne qui a la garde de l'enfant; il sta-* » *tuera en audience publique et en dernier ressort.* »

Il est donc bien certain, désormais, que la prépondérance n'appartient qu'à celui des parents qui a obtenu, tout à la fois, le divorce ou la séparation de corps et la garde de l'enfant. Seulement, à la différence de ce que l'on admettait avant la loi de 1907, ce n'est plus le père qui décidera, quand ces deux conditions ne seront pas réunies, et que les parents divorcés ou séparés de corps se trouveront en désaccord sur le mariage de leur enfant. L'arbitre sera le tribunal civil du domicile de la personne, quelle qu'elle soit, qui aura obtenu la garde de l'enfant, et il sera saisi à la requête de celui des père et mère qui consent au mariage. Les débats auront lieu en chambre du conseil, mais la décision sera rendue en audience publique, et elle sera en dernier ressort (2). Il serait superflu d'insister sur la gravité de la nouvelle atteinte portée à la puissance paternelle par cette disposition, qui charge le juge de départager les parents.

(1) Beudant, I, p. 515; Chevresson, *Lois nouvelles*, 1896, 1re partie, p. 335. — Sur l'art. 152, texte de 1896, cf. Planiol, I, n. 749; A. Wahl, *Du conflit entre époux divorcés au sujet du mariage d'un enfant commun*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1904, p. 711.

(2) La loi du 21 juin 1907 a laissé subsister une autre équivoque, due à la rédaction défectueuse de l'art. 152. Lorsque le divorce a été prononcé au profit de la mère, et que celle-ci consent au mariage, alors que le père refuse son consentement, l'avis de la mère prévaut; mais *quid* dans le cas contraire? Cf. à cet égard, le roman de M. Paul Bourget, *Un divorce*, p. 276 s., et Leven, *La loi du divorce et le mariage des enfants*, *Lois nouvelles*, 1905, 2e partie, p. 125.

1457. Même lorsque le père a la prépondérance, la mère n'en doit pas moins être obligatoirement consultée, car c'est à cette seule condition que son opposition se révèle. Pour n'être pas invincible, cette opposition peut n'être point inutile et modifier finalement la détermination du père ou de l'enfant; et, quel qu'en soit du reste le résultat, l'enfant qui s'y sera heurté n'aura fait que remplir le devoir de déférence qui s'impose à lui envers sa mère (1).

Au surplus, la mère doit être consultée dans tous les cas, par suite même séparée de corps, divorcée, ainsi que le prouve nettement le nouvel art. 152, ou remariée : aucun de ces événements d'ailleurs ne met fin, par nature, aux devoirs de l'enfant envers elle (2).

1458. Puisque son avis doit lui être demandé, l'officier de l'état civil doit, sous les peines portées par les art. 156 C. civ. et 193 C. pén., refuser de procéder à la célébration du mariage jusqu'à ce qu'il soit prouvé qu'il l'a été (3). Mais comment se fait cette preuve ? Il n'y a pas de difficulté si la mère assiste à la célébration, auquel cas, requise d'avoir à déclarer si elle consent au mariage, elle est ainsi mise à même de faire connaître son avis, si elle ne l'a déjà exprimé. Si elle n'y assiste pas, cette preuve ne saurait, contrairement à l'opinion peu suivie de quelques auteurs, résulter simplement des circonstances, et doit être positivement rapportée. Et elle peut l'être, soit à l'aide d'un acte notarié dressé dans la forme prescrite par l'art. 73 et constatant le refus de consentir, soit, si la mère refuse de concourir à sa confection, à l'aide d'une notification du projet de mariage qui lui sera signifiée conformément aux art. 151 s. (4), soit enfin à l'aide d'un procès-verbal d'huissier constatant sa réponse négative. Tous ces

(1) Demolombe, III, n. 38; Planiol, I, n. 747; Fuzier-Herman, art. 148, n. 18.

(2) Huc, II, n. 34. — Trib. civ. Seine, 6 juill. 1876, D., 77. 3. 92.

(3) Aubry et Rau, V, § 462, p. 72, n. 26; Demolombe, III, n. 38; Laurent, II, n. 312; Valette sur Proudhon, I, p. 396, note *b*; Huc, II, n. 34; Vazeille, I, n. 119. — Cpr. Duranton, II, n. 77, note 3.

(4) Demolombe, Valette, *loc. cit.*; Demante, I, n. 210 *bis*; Campistron, n. 7. — Cpr. Laurent, II, n. 312; Huc, II, n. 34; Fuzier-Herman, art. 148, n. 15 s. — Trib. Seine, 6 juill. 1876, précité.

modes de procéder, dans le silence de la loi, nous semblent admissibles, et il nous paraît que c'est surtout se conformer directement à son esprit qu'emprunter le ministère du notaire, même en un cas où, à proprement parler, il ne saurait s'agir de la notification prévue par l'art. 151 (1).

1459. Mais il se peut que l'un des auteurs du futur époux ne puisse manifester sa volonté : « *Si l'un des deux est mort,* » dit pour cette hypothèse l'art. **149**, *ou s'il est dans l'impos-* » *sibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre* » *suffit.* » La mère elle-même peut donc toute seule consentir au mariage de son enfant; et, comme la règle légale est posée en termes absolus, elle le peut, qu'elle soit ou non remariée, et même au cas où, ayant convolé en secondes noces, elle n'aurait pas été maintenue dans la tutelle (2). Autre chose est la tutelle en effet, autre chose le droit de consentir au mariage, qui dérive pour elle, non pas, comme on l'a dit parfois, de la puissance paternelle, mais uniquement de sa qualité de mère, que son convol ne lui fait pas perdre. Vainement a-t-on objecté que, dominée par l'influence de son nouveau conjoint, elle ne pouvait plus exercer ce droit dans des conditions d'impartialité désirables, et qu'il était même irrationnel, au cas où elle n'était plus tutrice, de lui reconnaître la faculté d'autoriser son enfant à disposer de sa personne et de ses biens (art. 1398). Car, d'une part, le texte de la loi prouve qu'elle n'a tenu aucun compte de ces considérations, et les travaux préparatoires (3) le confirment, les mots qui terminaient primitivement l'art. 149, « encore qu'il (le survivant) ait contracté un second mariage », ayant été supprimés comme inutiles en présence de la généralité du principe. Et, d'autre part, l'inconséquence relevée n'est qu'apparente, puisque l'ascendant qui, même tuteur, ne pourrait pas autoriser son enfant à disposer librement de

(1) Cpr. Huc, *loc. cit.*

(2) Aubry et Rau, V, § 462, p. 72, n. 28; Demolombe, III, n. 45; Duranton, II, n. 90; Laurent, II, n. 315; Planiol, I, n. 748; Fuzier-Herman, art. 149, n. 2 s.; Pezzani, n. 274 s.; Vazeille, I, n. 120. — Bastia, 3 fév. 1836, S., 36. 2. 247, D., 36. 2. 51. — *Contra :* Delvincourt, I, p. 59, note 2.

(3) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 328, n. 22.

son patrimoine, peut l'habiliter à consentir toutes les conventions dont le contrat de mariage est susceptible.

1460. Par sa cause, l'impossibilité qui donne lieu à l'application de l'art. 149 peut être physique, morale ou légale.

Elle est physique, tout d'abord, lorsque l'un des auteurs de l'enfant est prédécédé.

Régulièrement ce décès doit être prouvé à l'aide d'un acte de l'état civil. A défaut de cet acte, il suffirait, d'après certains auteurs, d'un acte de notoriété dressé dans les formes prescrites soit par l'art. 71, soit par l'art. 155, ou même de la simple attestation du survivant, selon quelques autres (1), qui se prévalent en ce sens d'un argument *a fortiori* qu'ils tirent de l'avis du conseil d'Etat des 27 messidor-4 thermidor an XIII. Mais, quant à ce dernier point, leur induction est extrêmement aventureuse. De ce que les aïeuls ou aïeules puissent, conformément à cet avis, attester le décès des père et mère des futurs époux, il est d'autant moins permis d'en conclure que la même faculté appartient au survivant de ses auteurs qu'elle est tout à fait exceptionnelle, et qu'elle est en ce dernier cas beaucoup plus dangereuse, puisqu'elle pourrait aboutir à priver l'un d'eux, par suite du mensonge de l'autre, de son droit de consentir au mariage, tandis qu'une fraude semblable est bien moins à craindre, par rapport aux père et mère, de la part des ascendants d'un degré plus éloigné (2). Or cette opinion nous paraît être devenue d'autant moins admissible que la loi précitée du 20 juin 1896, qui a incorporé l'avis du conseil d'Etat dans le code en le modifiant légèrement, l'applique exclusivement au cas où les père et mère sont tous deux décédés ou tous deux absents.

1461. Cette impossibilité est physique, pareillement, lorsqu'elle procède de l'absence du père ou de la mère (3). Cette absence est pleinement établie par le jugement qui la déclare.

(1) Aubry et Rau, V, § 462, p. 72, n. 27; Marcadé, I, art. 150-II, n. 531; Vazeille, I, n. 123; Fuzier-Herman, art. 149, n. 1. — Cpr. Duranton, II, n. 88 s.

(2) Demolombe, III, n. 40; Huc, II, n. 36. — Cpr. Demante, I, n. 213 *bis*, III; Laurent, II, n. 318.

(3) O. Basselin, *Consentement à mariage donné par la mère pendant l'absence du père, Journ. du notariat*, 1901, p. 721.

Elle l'est même suffisamment par le jugement interlocutoire qui ordonne l'enquête préalable (1).

Mais peut-elle l'être encore, à défaut de tout jugement, conformément à la procédure qu'organise l'art. 155 pour les notifications qui ont remplacé les actes respectueux et par un simple acte de notoriété, ou même enfin, au cas où le dernier domicile du disparu est inconnu, dans les formes tracées par l'avis du conseil d'Etat du 4 thermidor an XIII?

Contrairement à l'opinion d'une forte partie de la doctrine (2), rien ne nous paraît plus douteux. D'un côté, en effet, le premier alinéa de l'art. 155, qui admet la preuve de l'absence par un simple acte de notoriété, semble difficilement pouvoir être étendu en dehors de ses termes : or ils visent, non le cas où l'on aurait eu absolument besoin du consentement de l'ascendant absent, mais un cas où l'exigence légale a une importance bien moindre, et où, à défaut de consentement, il y avait lieu à la notification de l'union projetée. D'un autre côté, il ne paraît pas davantage possible d'admettre la preuve de l'absence du père ou de la mère dans les formes tracées par l'avis de l'an XIII, c'est-à-dire par l'attestation des aïeuls et aïeules ou des époux eux-mêmes. C'est certain en ce qui concerne l'attestation des époux, car cette partie de l'avis ne se réfère qu'au cas où il aurait fallu faire, au père ou à la mère dont il y a lieu d'établir l'absence, jadis la signification de l'acte respectueux et actuellement la notification de la loi de 1907. Destinée, en effet, à suppléer l'acte de notoriété que l'on suppose impossible à dresser, à raison de l'ignorance où l'on est du dernier domicile du père ou de la mère disparus, elle ne peut être admise que dans les cas où l'acte de notoriété serait lui-même admissible, et l'on vient de voir qu'il ne peut l'être dans le cas où c'est le consentement même de l'ascendant disparu qui aurait été indispensable. Et quant à ce qui est de l'attestation des aïeuls et aïeules, il ne paraît pas davantage qu'elle puisse suffire à établir

(1) Demolombe, III, n. 41; Fuzier-Herman, art. 149, n. 13 s. — Cpr. Duranton, II, n. 86 s.; Demante, *Encycl. jur.*, v° *Absent*, n. 152; Huc, *loc. cit.*

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 72, n. 29; Toullier, I, n. 544; Vazeille, I, n. 123 et 124. — Cpr. Duranton, II, n. 88.

l'absence du père ou de la mère : cette attestation n'a été admise, en effet, par l'avis du conseil d'Etat, et ne l'est par le second alinéa de l'art. 155, qui en reproduit littéralement les termes, que pour suppléer à l'acte de décès des père et mère, supposés tous deux décédés. Or, quoique l'on admette, d'une manière générale, que ce deuxième alinéa s'applique même au cas où le futur époux aurait besoin du consentement de ses ascendants, il établit un mode de preuve trop exceptionnel pour qu'on puisse l'étendre à d'autres hypothèses que celles en vue desquelles il a été établi, spécialement à celle de l'absence du père ou de la mère. Il nous paraîtrait donc, en définitive, plus juridique et plus sûr d'obliger le futur époux à faire constater judiciairement au moins l'état de présomption d'absence de son auteur, sinon à faire déclarer son absence, ce qui pourrait avoir pour résultat de retarder considérablement son mariage (1).

1462. D'ailleurs, il faut absolument, pour que l'art. 149 soit applicable, qu'il y ait absence véritable, c'est-à-dire incertitude sur l'existence de l'un des parents de l'enfant. Si donc, sans qu'aucun doute pût s'élever à ce sujet, il se trouvait simplement éloigné du lieu où réside le futur époux et que la nécessité pour celui-ci de se procurer son consentement ne dût avoir d'autre effet que l'ajournement de la célébration du mariage, l'enfant ne serait en aucune façon dispensé de l'obtenir, et ne pourrait même pas l'être par le juge, quelles que fussent les circonstances, contrairement à l'opinion de M. Demolombe (2), qui nous paraît tout à fait arbitraire. Car l'auteur ne serait nullement, en ce cas, dans l'impossibilité de manifester sa volonté (3).

1463. L'impossibilité morale peut résulter de l'aliénation mentale, qui anéantit plus encore la volonté elle-même que les moyens de la manifester. L'ascendant en état de démence ne peut donc pas consentir au mariage de son descendant, sauf,

(1) Cpr. Demolombe, III, n. 41 ; Demante, I, n. 213 *bis*, I ; Laurent, II, n. 313. — Pau, 15 oct. 1872, S., 72. 2. 308, D., 74. 2. 134.

(2) III, n. 42. — Cf. circ. min. du 11 messidor an XII, Béquet, *Etat civil*, n. 571.

(3) Laurent, II, n. 313 ; Huc, II, n. 36. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 149, n. 16 s.

par application du droit commun, dans un intervalle lucide. Et l'interdiction judiciaire qui a pu être prononcée contre lui n'ajoute rien, à cet égard, à son incapacité (1), si du moins on décide qu'elle ne le prive que de l'exercice des facultés relatives au patrimoine et qu'il continue à pouvoir user personnellement de toutes les autres tant qu'il en est de fait capable, c'est-à-dire dans les moments où il est suffisamment sain d'esprit.

1464. Seulement cette interdiction rend par elle-même plus facile la preuve, de la part de l'enfant, de la démence de son auteur, laquelle est alors pleinement établie par la production de la décision qui la prononce. Que si elle n'est pas encore intervenue lors du mariage, on peut admettre que cette preuve résulte encore du certificat constatant le placement de l'ascendant dans un établissement d'aliénés, conformément à la loi du 30 juin 1838, à raison des garanties dont la loi a entouré ce placement (2). Encore est-il peut-être plus sûr en ce cas, comme dans celui où l'aliéné est resté dans sa famille, d'exiger que son état soit judiciairement constaté à la requête des intéressés, pour qu'il ne puisse subsister aucune espèce de doute à cet égard. Lorsque surtout il n'y a pas eu d'internement, il serait, d'une part, par trop imprudent de s'en remettre à l'officier de l'état civil du soin de procéder à cette constatation, même, comme l'ont proposé certains auteurs (3), lorsqu'elle est en fait des plus faciles, et trop rigoureux, d'autre part, de ne vouloir la déduire, comme d'autres (4), qui invoquent en ce sens la loi de 1792 (tit. IV, sect. I, art. 5 et 6), que d'une sentence d'interdiction véritable. En l'absence de toute disposition qui permette de dresser un simple acte de notoriété dans la circonstance, on n'aperçoit que la justice qui puisse avoir qualité pour déclarer constant l'état de démence (5).

(1) Laurent, II, n. 314; Huc, II, n. 37; Fuzier-Herman, art. 149, n. 6. — *Contra:* Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 73; Demante, I, n. 213 *bis*, IV.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 73, n. 31; Demolombe, III, n. 43; Laurent, II, n. 314; Huc, II, n. 37.

(3) Huc, II, n. 37.

(4) Delvincourt, I, p. 59, note 1; Toullier, I, n. 543; Duranton, II, n. 85.

(5) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, III, n. 43; Laurent, *loc. cit.*; Vazeille,

1465. L'impossibilité de consentir peut être enfin purement légale : celle-là ne peut évidemment procéder que d'une disposition expresse. Or rien, ni dans l'art. 29 du code pénal, ni même dans le but de l'interdiction légale, ne permet de supposer que le condamné qui en est frappé soit, en droit, incapable d'exprimer, comme il le peut en fait, son opinion sur le mariage projeté par son descendant ; et c'est par suite violer un principe des plus certains que d'admettre, avec la généralité de la doctrine (1), que cette sorte de « magistrature domestique » est suspendue en sa personne. Notre solution nous paraît être devenue incontestable depuis la loi du 24 juillet 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle, dont l'art. 2-1° dispose que les condamnés qu'il énumère, et qui tous sont légalement interdits, « peuvent » être déchus des droits résultant de l'art. 148, preuve que de droit commun ils n'en sont pas privés (2).

1466. Mais, depuis l'abolition de la mort civile, qui privait l'ascendant de son droit, deux impossibilités légales pour lui de manifester son consentement sont nées, l'une de la loi du 24 juillet 1889 précitée, l'autre de la loi du 20 juin 1896.

1467. La première procède de la déchéance de la puissance paternelle, lorsqu'elle est prononcée en vertu des dispositions de la loi de 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés. Aux termes en effet de l'art. 1er de cette loi, « *les père et mère et ascendants sont déchus de plein* » *droit, à l'égard de tous leurs enfants et descendants, de la* » *puissance paternelle, ensemble de tous les droits qui s'y ratta-* » *chent, notamment ceux énoncés aux art... 148, 150, 151...* », dans toute la série de cas que cet article vise, et la déchéance facultative « des mêmes droits » est encourue dans ceux que prévoit l'art. 2. Cette déchéance, quelle qu'en soit d'ailleurs le caractère, a donc pour résultat de faire retirer ces droits, non seulement aux père et mère sur la personne de leurs en-

I, n. 125; Fuzier-Herman, art. 149, n. 6 s. — Poitiers, 11 mars 1830, S., 30. 2. 143, D., 30. 2. 178. — Cpr. Allemand, I, n. 229.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 73, n. 30 ; Demolombe, III, n. 44; Duranton, II, n. 80 ; Toullier, I, n. 543 ; Vazeille, I, n. 125 ; Fuzier-Herman, art. 149, n. 12.

(2) Laurent, II, n. 314 ; Huc, II, n. 38.

fants, mais encore aux ascendants sur la personne de leurs descendants d'un degré plus éloigné, ainsi que le montrent nettement les termes mêmes de l'art. 1er, sans distinction entre ceux qui sont déjà nés lorsqu'elle est prononcée et ceux qui ne naîtront que par la suite.

Mais que deviennent les droits dont le parent coupable est ainsi privé? « *En cas de déchéance de la puissance paternelle,* » répond l'art. 14 de la même loi, *les droits du père, et, à* » *défaut du père, les droits de la mère, quant au consente-* » *ment au mariage, à l'adoption, à la tutelle officieuse et à* » *l'émancipation, sont exercés par les mêmes personnes que si* » *le père et la mère étaient décédés, sauf les cas où il en aura* » *été décidé autrement en vertu de la présente loi* » (1). Cette disposition, littéralement interprétée, conduirait à dire que la mère ne pourrait pas recueillir les droits du père indigne et qu'ils passeraient nécessairement aux personnes que la loi appelle au défaut des auteurs de l'enfant. Mais cette interprétation irait à l'encontre de la pensée de la loi, qui a été manifestement d'organiser cette dévolution comme si l'auteur déchu n'existait plus. Et il semble bien que ce soit par simple inadvertance qu'on n'ait pas substitué à la rédaction actuelle celle, très explicite, que lui avait préférée le Conseil d'Etat : « par les mêmes personnes que si le père *ou* la mère était décédé » (2).

1468. Telles sont les conséquences de la déchéance proprement dite. Mais la loi du 24 juillet 1889 a organisé, en même temps que cette dernière, la protection des enfants simplement délaissés par leurs parents, et placés, avec ou sans leur intervention, dans des établissements charitables; et elle a autorisé la justice à déléguer à l'assistance publique les droits de puissance paternelle dont elle dessaisit alors les parents, et à en remettre l'exercice à l'établissement ou au particulier gardien de ces enfants (art. 17 et 20). Il se peut

(1) L'art. 14 de la loi du 24 juillet 1889 n'a pas été abrogé par la loi du 21 juin 1907. Cf. L. Campistron, *Des modifications apportées à la législation du mariage par la loi du 21 juin 1907*, Toulouse, 1907, p. 12, note 1.

(2) Leloir, *Code de la puiss. pat.*, I, p. 350; Dunan, *Déch. de la puiss. pat.*, Paris, 1898 (thèse, Lyon), p. 243.

donc que le droit de consentir à leur mariage soit ainsi finalement exercé par un établissement charitable ou un particulier, aux lieu et place des ascendants. Et ce qui le montre nettement, c'est la restriction même qu'a apportée, comme on le verra bientôt, l'art. 17 à ce droit, lorsque le tribunal a préféré, ce qu'il peut, le leur conserver (1).

1469. En second lieu, aux termes du nouvel art. 153, remplaçant l'ancien texte abrogé par la loi du 20 juin 1896, « *sera assimilé à l'ascendant dans l'impossibilité de manifes-* » *ter sa volonté, l'ascendant subissant la peine de la relégation* » *ou maintenu aux colonies en conformité de l'art. 6 de la loi* » *du 30 mai 1854 sur l'exécution de la peine des travaux forcés.* » *Toutefois, les futurs époux auront toujours le droit de solli-* » *citer et de produire à l'officier de l'état civil le consentement* » *donné par cet ascendant* ». On a voulu ainsi éviter simplement au descendant du relégué ou du forçat libéré tenu à la résidence dans la colonie l'obligation de demander au loin un consentement ou un conseil, qui, du reste, ne pourrait guère le plus souvent lui être donné en connaissance de cause, plutôt qu'édicter une nouvelle déchéance contre le condamné, puisque le futur époux conserve, s'il le préfère, la faculté de s'adresser à lui, et non point à ses autres ascendants (2).

1470. DEUXIÈME HYPOTHÈSE. *Du consentement des ascendants de l'enfant autres que ses père et mère.* — « *Si le père et la* » *mère sont morts,* dit l'art. 150, *ou s'ils sont dans l'impossi-* » *bilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les* » *remplacent : s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule* » *de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul.* — » *S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage em-* » *portera consentement.* »

Ainsi, à défaut de leurs auteurs immédiats, les futurs époux doivent obtenir, jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'époque de leur majorité, le consentement de leurs ascendants plus éloi-

(1) Cpr. loi des 27 juin 1904, 18 déc. 1906, art. 13. Il a été formellement entendu, lors de la discussion de la loi de 1904, que cette loi laissait absolument intactes les dispositions des art. 17 et 20 de la loi du 24 juill. 1889. Cf. Sirey, *Lois annotées*, 1905, p. 835, note 8.

(2) Planiol, I, n. 755; Surville, 1, n. 146-I.

gnés. Et l'impossibilité dans laquelle sont tous deux les père et mère de manifester leur volonté résulte des mêmes causes et peut être établie selon les mêmes modes que ceux qui ont été déjà spécifiés. Toutefois, aux termes du deuxième alinéa qu'a ajouté la loi du 20 juin 1896 à l'art. 155 du code, pour y faire passer presque littéralement la première des dispositions de l'avis du conseil d'Etat des 27 messidor-4 thermidor an XIII (1), et que la loi du 21 juin 1907 a maintenu, leur décès peut être prouvé par la simple attestation des aïeuls et aïeules, qui doit être alors formellement mentionnée dans l'acte de mariage. « *Il n'est pas nécessaire,* dit en effet le nou- » veau texte, *de produire les actes de décès des pères et mères* » *des futurs mariés, lorsque les aïeuls ou aïeules, pour la* » *branche à laquelle ils appartiennent, attestent ce décès; et,* » *dans ce cas, il doit être fait mention de leur attestation* » *dans l'acte de mariage* » (2).

1471. La disposition de l'art. 150 est de droit nouveau. Si l'organisation de la famille romaine avait fait nécessairement reconnaître à l'ascendant investi de la *patria potestas* le droit de consentir aux *justæ nuptiæ* de tous ceux qui étaient placés sous sa puissance, à quelque degré de parenté qu'ils fussent par rapport à lui, dans notre ancienne législation sa constitution toute différente devait amener un résultat différent : à défaut des père et mère, en effet, l'enfant était tenu d'obtenir le consentement de son tuteur, qui devait lui-même au préalable prendre l'avis des plus proches parents de son pupille (3). Mieux inspirés à cet égard, les rédacteurs du code civil ont

(1) On observera d'ailleurs que ce procédé d'addition n'a pas été très correct, car, tandis que le 1er alinéa de l'art. 155 prévoyait uniquement le cas où il doit être fait des actes respectueux (aujourd'hui des notifications du projet de mariage), le 2e, qu'on y a joint, se rapporte au cas même où c'est le consentement qui est requis. Les deux qui le suivaient, dans la rédaction de 1896, supposaient, à leur tour, que les futurs époux « majeurs » avaient à demander le « consentement ou conseil » de leurs parents. La loi de 1907 les a fondus en un seul, qui ne prête plus à la même critique, puisque, parlant d'époux « majeurs » il suppose, par le fait même, qu'il ne s'agit plus de consentement à obtenir, mais de notification à faire.

(2) Planiol, I, n. 754.

(3) Ord. de Blois, art. 43; ord. de 1629, art. 169; déclar. de 1639, art. 1er. — Cf. Pothier, *op. cit.*, n. 333 s.

jugé qu'à tout prendre, le consentement des aïeuls et aïeules offrait, à raison de leur affection, de leur intérêt et de leur responsabilité morale, quelle que fût leur vieillesse, plus de garanties que l'autorisation émanée d'un simple tuteur, même éclairé par la consultation de la famille. Nul, en la circonstance, ne représente mieux celle-ci que ses chefs encore vivants, et nulle autre autorité ne peut être plus respectable : de là leur droit (1). On observera qu'il ne saurait découler pour eux de la puissance paternelle, qu'ils n'exercent jamais, ce qui démontre péremptoirement qu'à l'encontre d'une assertion trop répandue il n'a pas non plus cette origine en la personne des père et mère, car il n'en peut changer avec la qualité de ceux qui en jouissent. Mais du moins peut-on le considérer comme une sorte de prolongement de cette puissance, surtout depuis la loi du 24 juillet 1889, qui l'envisage comme tel et qui a par là, ainsi que d'autres actes législatifs récents, modifié l'ancienne conception, sans se préoccuper de la stricte vérité juridique.

1472. Les motifs mêmes de notre disposition prouvent, selon nous, que sous le nom d'aïeuls et d'aïeules elle désigne tous les ascendants autres que les père et mère, à quelque degré qu'ils soient du futur époux, et partant, non seulement ses grand-pères et grand'mères, mais aussi ses bisaïeuls et bisaïeules et, le cas échéant, ses ascendants plus éloignés. Les expressions de la loi ont été prises ici dans leur sens générique, comme elles l'ont été dans l'art. 173, au sujet du droit d'opposition, ainsi que le prouve nettement la combinaison de cet article avec le suivant (2).

1473. Dans quel ordre les ascendants doivent-ils être consultés? En principe, dans l'ordre de leur proximité en degré. De multiples hypothèses peuvent d'ailleurs se présenter pour l'application du principe.

S'il n'y a d'abord d'ascendants que dans une ligne, celle-

(1) Demolombe, III, n. 47.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 73, n. 34; Demolombe, III, n. 48; Demante, I, n. 211 *bis*, I; Duranton, II, n. 98; Laurent, II, n. 316; Huc, II, n. 39; Planiol, I, n. 752; Vazeille, I, n. 127; Fuzier-Herman, art. 150, note 4. — Cpr. Surville, I, n. 446, I.

ci doit être naturellement seule consultée (1), et le plus proche exclut le plus éloigné. L'aïeul est donc appelé à consentir avant le bisaïeul. S'il y a plusieurs ascendants de même degré dans cette ligne et qu'il y ait dissentiment entre eux, le consentement de l'ascendant mâle suffit, exactement, et par identité de motifs, comme dans les rapports des père et mère, mais l'autre doit être obligatoirement consulté (2).

1474. S'il y a maintenant des ascendants dans les deux lignes, dans chacune le plus proche exclut encore le plus éloigné (3). Mais en est il ainsi de ligne à ligne, et celle qui est représentée par l'ascendant le plus proche, un aïeul par exemple, exclut-elle l'autre qui ne compte qu'un ascendant d'un degré ultérieur, par exemple un bisaïeul? En d'autres termes, car c'est à quoi revient la question, chaque ligne a-t-elle un droit personnel à être au moins consultée? On enseigne généralement l'affirmative, et on admet que les bisaïeuls remplacent, dans la ligne à laquelle ils appartiennent, les aïeuls et aïeules dans l'impossibilité de manifester leur volonté. Leur consentement rendrait donc, et c'est un résultat dont on se félicite, le mariage possible malgré le refus des ascendants plus proches. L'art. 150 prouve, dit-on, que les deux lignes ont un droit égal à être toutes deux consultées ; et pourquoi en effet l'une d'elles le serait-elle à l'exclusion de l'autre? (4)

Aucune de ces considérations ne nous paraît, quant à nous, déterminante. Et d'abord il est évident qu'il y a beaucoup moins à se préoccuper de faciliter le mariage que de rechercher à quelles conditions sa validité est subordonnée. Or le texte de l'art. 150 est tout au moins équivoque, puisqu'il est invoqué par toutes les opinions; et peut-être même

(1) Planiol, I, n. 753.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 73; Demolombe, III, n. 46; Demante, I, n. 211; Laurent, II, n. 317; Huc, II, n. 39; Planiol, I, n. 751; Surville, *loc. cit.* — Mais la disposition de l'art. 152 (texte de 1896 et de 1907) ne saurait s'appliquer aux ascendants. Planiol, *loc. cit., in fine.*

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demante, I, n. 211 *bis*, II.

(4) Demolombe, III, n. 49; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 250; Marcadé, I, art. 150-III, n. 532; Laurent, II, n. 317; Huc, II, n. 39. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 150, n. 5 s.

pourrait-on soutenir, avec une force particulière, que, s'il exige que les deux lignes soient consultées, c'est uniquement dans le cas, qu'il semble, comme étant le plus ordinaire, prévoir seul explicitement, où il y a des aïeuls ou des aïeules, c'est-à-dire des ascendants de même degré, dans l'une et dans l'autre. Si, faisant abstraction de ce texte, et sans se prévaloir non plus par analogie, comme on l'a fait, des règles de dévolution de la tutelle, on essaie de résoudre rationnellement la difficulté, on voit que, lorsque l'un des deux auteurs de l'enfant est mort, le droit de consentir se concentre sur la tête du survivant et qu'il ne passe pas, en concurrence avec celui-ci, aux ascendants de la ligne que représentait l'époux prédécédé. Si donc dans les rapports des père et mère chaque ligne n'a pas un droit propre, on cherche vainement pourquoi elle l'aurait dans les relations des ascendants d'un degré plus éloigné, tandis qu'on aperçoit très bien pourquoi le droit de consentir appartient exclusivement à la ligne qui compte les ascendants du degré le plus rapproché : c'est qu'étant plus jeunes, ils sont mieux à même de donner un consentement éclairé et que le mariage doit les intéresser à la fois plus directement et plus longtemps (1).

1475. Mais, si de ligne à ligne la proximité du degré l'emporte, à notre sens, et si même dans chaque ligne la volonté de l'ascendant mâle prédomine, il n'en est plus ainsi, d'après le texte de la loi, lorsqu'il y a dissentiment entre deux lignes représentées par des ascendants de même degré : leur partage emporte consentement, quel que soit le sexe de l'ascendant qui l'approuve. Les deux lignes doivent être sans doute toutes deux consultées, mais le consentement d'une seule suffit. La faveur du mariage et l'égalité de situation des deux lignes ont paru devoir faire écarter la prépondérance du sexe.

Par application de cette règle, l'enfant qui compte dans la ligne paternelle ses aïeul et aïeule et dans la ligne maternelle sa grand'mère seulement, peut se marier avec le simple consentement de celle-ci et malgré l'opposition de l'autre ligne,

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 73, n. 33 ; Valette sur Proudhon, I, p. 397, note *a*; Demante, I, n. 211 *bis*, II. — Cpr. Planiol, I, n. 752.

à laquelle pourtant se serait peut-être associé le grand-père maternel lui-même, s'il avait vécu (1).

1476. Enfin, s'il n'y a d'aïeuls dans aucune ligne, les bisaïeuls sont appelés à consentir au mariage, et leur nombre, qui théoriquement, sinon en fait, peut être grand, complique la situation. Au cas où elle serait aussi compliquée qu'elle peut l'être et où chaque ligne serait représentée par ses quatre bisaïeuls, il y aurait lieu de décider, par application de la règle de l'art. 150, que dans chaque couple la volonté du bisaïeul l'emporterait sur celle de son épouse, mais qu'entre bisaïeuls non conjoints le partage emporterait consentement, et qu'il en serait de même du dissentiment entre les deux lignes, de telle sorte que la volonté d'un seul bisaïeul pourrait ainsi prévaloir sur celle des sept autres (2).

1477. Troisième hypothèse. *Du consentement du conseil de famille.* — « *S'il n'y a ni père ni mère, ni aïeuls ni aïeules, ou s'ils se trouvent tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les fils ou filles mineurs de vingt-un ans ne peuvent contracter mariage sans le consentement du conseil de famille* » (art. 160).

A défaut d'ascendant, capable d'avoir et d'exprimer une volonté, au conseil de famille appartient le droit d'autoriser le mariage de l'enfant encore mineur (3). Et la majorité matrimoniale s'est toujours confondue ici, même pour les mâles, avec la majorité ordinaire : l'enfant, en effet, n'a jamais été considéré comme tenu envers cette assemblée au même devoir de déférence qu'envers ses ascendants. On faisait aussi remarquer, même avant la loi de 1907, que l'enfant ne trouve pas dans son intervention les mêmes garanties de protection, et que cette intervention n'a pas pour le conseil le même intérêt (4).

1478. Quant à l'impossibilité où sont les ascendants de

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 73 et 74, n. 35 ; Demolombe, III, n. 46; Duranton, II, n. 98 ; Laurent, II, n. 317 ; Planiol, I, n. 750 ; Surville, I, n. 146-I. — Poitiers, 8 juill. 1830, S., 30. 2. 239, D., 30. 2. 263.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 74, n. 36; Demolombe, III, n. 50 ; Marcadé, I, art. 150-III, n. 533 ; Huc, II, n. 39.

(3) Planiol, I, n. 756; Surville, I, n. 146-I *in fine*.

(4) Cpr. Demolombe, III, n. 84; Planiol, I, n. 757.

manifester leur volonté, elle ne peut être établie que conformément aux règles déjà spécifiées (1). Une forte partie de la doctrine (2) autorise cependant, pour le cas où on ne pourrait pas produire l'acte de leur décès ou justifier régulièrement de leur absence, dans l'ignorance où l'on est du lieu de leur dernier domicile, à recourir, soit à un acte de notoriété dressé dans les formes de l'art. 155, soit à la simple attestation du conseil de famille. Elle se fonde à cet effet, et sur l'analogie, et sur les motifs mêmes de l'avis du Conseil d'Etat du 4 thermidor an XIII : « Considérant que rien n'est à craindre, y est-il dit, relativement au mariage des mineurs, puisqu'en force de l'art. 160 du code Napoléon, toutes les fois qu'il n'y a ni père, ni mère, ni aïeuls, ni aïeules, ou qu'ils se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les fils ou filles mineurs de vingt et un ans ne peuvent contracter mariage sans le consentement du conseil de famille... » Mais ce considérant fait vraiment bon marché du droit des ascendants, que de trop grandes facilités pourraient compromettre, et le dispositif de l'avis, surtout, ne décide rien pour cette hypothèse : il faut donc en revenir au droit commun. Quant à l'art. 155, il saurait d'autant moins être étendu en dehors du cas qu'il prévoit expressément, que les garanties prises pour le consentement des ascendants au mariage des mineurs doivent être plus fortes que lorsqu'il s'agit simplement des notifications destinées à remplacer les actes respectueux et que les futurs époux sont majeurs (3).

Deuxième cas. *Du consentement que doivent obtenir les enfants naturels.*

1479. Notre ancien droit n'obligeait pas les « bâtards » à prendre le consentement de leurs père et mère, cette obligation étant, disait Pothier (4), « un effet du droit de puissance paternelle que les père et mère ont sur leurs enfants »,

(1) Cf. Fuzier-Herman, art. 160, n. 1 s. — Pau, 15 oct. 1872, S., 74. 2. 308, D., 74. 2. 134.

(2) Demolombe, III, n. 85; Laurent, II, n. 318; Huc, II, n. 57.

(3) Cpr. Demante, I, n. 213 *bis*, II et III. — Cf. Discussion de la loi de 1896, *J. Off.*, Ch. des dép., 2 avril 1895, p. 1177 s.

(4) *Op. cit.*, n. 342.

et ce droit de puissance lui-même « étant un des effets civils du mariage », mais seulement, lorsqu'ils étaient mineurs, celui de leur tuteur ou curateur. Cette puissance ayant dans notre législation moderne changé de caractère, et le droit pour les parents d'accorder ou de refuser leur approbation à l'union de leurs enfants n'en dérivant au fond même pas, il y avait lieu de le leur accorder même au cas où ces enfants seraient naturels, et c'est ce qu'a fait le Code civil (1).

Aux termes de l'art. 158, tel qu'il a été modifié par la loi de 1907, « *les dispositions contenues aux articles 148 et 149, et » les dispositions des art. 151, 152, 153, 154 et 155 sont appli- » cables aux enfants naturels légalement reconnus* ». L'enfant naturel reconnu qui a encore ses père et mère ou l'un d'eux, en état de manifester leur volonté, se trouve donc à leur égard, quant à son mariage, dans la même situation qu'un enfant légitime.

Partant, s'il a été reconnu par ses deux auteurs, en cas de dissentiment entre eux, le consentement du père suffit, sans qu'il y ait ici à avoir égard, comme en d'autres matières, à l'antériorité d'un acte de reconnaissance par rapport à l'autre (2). Toutefois, s'il en est ainsi lorsque le père a la puissance paternelle sur l'enfant, il est permis de douter, malgré la généralité du texte, que son avis doive encore prévaloir sur celui de la mère, lorsque c'est la mère qui exerce cette puissance, soit parce qu'elle a reconnu l'enfant la première, soit parce qu'elle en a été investie par le tribunal (art. 383 nouveau C. civ., et loi du 2 juillet 1907), et que la loi veut ainsi qu'elle ait tous les droits sur l'enfant (3). — Quant au consentement des aïeuls et aïeules, il n'en saurait être question, ces ascendants n'existant pas pour l'enfant naturel, à raison des effets limités de sa filiation : aussi le texte ne renvoie-t-il pas à l'art. 150 (4).

(1) Portalis, *Exp. des mot*, Locré, *Lég.*, IV, p. 487, n 16.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Empêch. de mar.*, § 5, art. 2, n. 10; Aubry et Rau, V, § 462, p. 80, n. 69; Demolombe, III, n. 88; Planiol, I, n. 758; Surville, I, n. 147.

(3) Campistron, *op. cit.*, p. 18, note 1.

(4) Locré, *Lég.*, IV, p. 452, n. 5; p. 487, n. 16; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 80, n. 72; Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, II, n. 341; Planiol, I, n. 759; Surville, I, n. 147.

1480. A défaut de parents légalement connus ou aptes à consentir, l'enfant naturel mineur ne peut se marier sans le consentement de son conseil de famille. C'est ce que décide le nouvel art. 159, modifié par la loi de 1907 : « *L'enfant » naturel qui n'a point été reconnu, et celui qui, après l'avoir » été, a perdu ses père et mère, ou dont les père et mère ne » peuvent manifester leur volonté, ne pourra, avant l'âge de » vingt et un ans révolus, se marier qu'après avoir obtenu le » consentement du conseil de famille.* »

Avant la loi de 1907, le consentement nécessaire à l'enfant naturel, et qui, d'ailleurs, n'était exigé, quel que fût son sexe, que jusqu'à vingt et un ans (1), devait émaner d'un tuteur *ad hoc*. Pourquoi d'un tuteur *ad hoc*, et non d'un conseil de famille, comme il eût paru naturel de le décider par analogie avec la situation que règle l'art. 160? Cet enfant n'ayant jamais eu ou n'ayant plus de famille, il était impossible de lui composer une assemblée formée de parents ou d'alliés. On ne pouvait songer qu'à un simulacre de conseil, composé d'amis de son père ou de sa mère ou même d'étrangers, trop souvent d'indifférents, auxquels on estimait qu'il eût été d'autant plus imprudent de confier la protection des intérêts du mineur que, en se divisant, leur responsabilité eût été réduite à néant. Aussi la loi avait-elle préféré mettre sa confiance dans un seule personne, un tuteur *ad hoc*, plus porté, par cela même qu'il était seul, à s'acquitter en conscience de sa mission (2).

La loi eût encore ajouté à ces garanties, si le choix du tuteur avait dû émaner du tribunal; mais l'avait-elle fait? La généralité de la doctrine ne le pensait pas et décidait que la nomination du tuteur incombait, par application des règles générales contenues dans les art. 405 s., au conseil de famille, composé pour la circonstance des personnes connues comme ayant eu des relations d'amitié avec les père et mère du mineur ou comme s'étant intéressées à lui-même, ou, à leur défaut,

(1) Planiol, I, n. 762.

(2) Demolombe, III, n. 89; Planiol, I, n. 760; Surville, *loc. cit.*; Valette, *Expl. somm.*, p. 88.

uniquement d'étrangers (1). Mais cette solution était rationnellement des moins satisfaisantes, puisqu'on s'en remettait ainsi de la nomination du tuteur à ceux-là mêmes que la loi venait d'exclure à raison de leur indifférence. Et elle n'était pas non plus inattaquable en droit, puisque la composition du conseil, telle qu'elle est déterminée au titre « *De la tutelle* », ne se réfère qu'à la tutelle ordinaire, et que l'art. 409 ne prévoit explicitement que le cas d'insuffisance des parents ou alliés, alors qu'il ne peut même point y en avoir ici. Mieux eût donc valu, en présence de la lacune de la loi, faire nommer le tuteur *ad hoc* par la justice : son intervention, conformément au vœu du tribunal de cassation (2), eût profité ainsi au mineur dans la mesure où on lui eût laissé un rôle à jouer (3).

Rien ne se fût opposé d'ailleurs à ce que cette fonction fût confiée au tuteur général de l'enfant, s'il en avait eu déjà un ; mais il aurait fallu qu'il reçût un pouvoir spécial à cet effet (4).

Mais la loi du 21 juin 1907 a supprimé l'intérêt de toutes ces questions, en décidant que le consentement serait donné à l'enfant naturel mineur, dans les cas prévus à l'art. 159, par son conseil de famille. Etant donné l'opinion commune, qui faisait nommer le tuteur *ad hoc* par le conseil de famille, on a pensé qu'il valait autant transférer directement à ce conseil le droit qui, d'après le code, devait être exercé par le tuteur *ad hoc*.

Mais la disposition de la loi du 21 juin 1907 se justifie beaucoup mieux depuis que la loi du 2 juillet de la même année, qui organise la tutelle des enfants naturels, est venue décider, dans son art. 3, que les fonctions dévolues au con-

(1) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 330, n. 27 et 28 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 89, n. 71 ; Demolombe, III, n. 89 ; Toullier, I, n. 551, note 2 ; Duranton, II, n. 117 ; Valette sur Proudhon, I, p. 399, note *a* ; Delvincourt, I, p. 61, note 2 ; Marcadé, I, art. 159, n. 545 ; Surville, I, n. 147 ; Beudant, I, n. 218 ; Vazeille, I, n. 131 ; Allemand, I, n. 255. — Cpr. Demante, I, n. 215 *bis* ; Planiol, I, n. 761 ; Fuzier-Herman, art. 159, n. 1 s.

(2) Fenet, *Trav. prépar. du Code civ.*, II, p. 455 et 456.

(3) Laurent, II, n. 342 ; Huc, II, n. 56.

(4) Aubry et Rau. *loc. cit.*, p. 80, n. 70 ; Demolombe, III, n. 89 ; Toullier, I, n. 551, note 2 ; Duranton, II, n. 116 ; Planiol, I, n. 761 ; de Fréminville, *De la minorité*, II, n. 744. — Cpr. Bordeaux, 9 juin 1863, S., 64. 2. 9.

seil de famille des enfants légitimes seraient remplies, à l'égard des enfants naturels, par la chambre du conseil du tribunal de première instance du lieu du domicile légal du parent investi de la tutelle, au moment où il a reconnu son enfant, ou celle du tribunal du lieu de la résidence de l'enfant, s'il n'est pas reconnu (1). Dès lors, en effet, c'est la justice avec ses garanties ordinaires, et non plus une assemblée composée au hasard et irresponsable, qui statue sur le projet matrimonial de l'enfant.

1481. La disposition de l'art. 159 nous paraît s'appliquer même aux enfants adultérins ou incestueux, dans les cas exceptionnels où leur filiation est légalement constante. Il serait par trop contraire à l'esprit de la loi de reconnaître aux père et mère de ces enfants les droits qu'attribue l'art. 158 aux auteurs des enfants naturels reconnus (2).

1482. Au contraire, il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 159 aux pupilles de l'Assistance publique. La question pouvait faire doute avant la loi du 27 juin 1904, et, personnellement, nous avions soutenu, dans nos précédentes éditions, que la loi du 15 pluviôse an XIII n'accordait, dans aucun de ses articles (art. 1, 3 et 4), quant au mariage, à la commission administrative de l'hospice où ils étaient placés, les droits qu'elle lui reconnaissait quant à leur tutelle ordinaire (3), sous réserve, toutefois, le cas échéant, de l'application des dispositions de la loi du 24 juillet 1889 (art. 17 et 20) (4). Mais la pratique administrative était en sens inverse, et, en fait, les enfants assistés se mariaient avec la seule autorisation de leurs tuteurs légaux (5). Or la loi du 27 juin 1904 (art. 13) (6)

(1) D'après M. Campistron, *op. cit.*, n. 21, le tribunal compétent serait celui du lieu de la résidence de l'enfant au moment où il a été pourvu d'un tuteur datif, si le tribunal, usant d'un droit qu'il puise dans la loi du 2 juillet 1907, lui en a nommé un.

(2) Pezzani, n. 407 s.; Fuzier-Herman, art 159, n. 8.

(3) Cpr. Demolombe, III, n. 90. — Décision de la comm. adm. des hosp. de Paris, du 13 avril 1851, Béquet, *loc. cit.*

(4) Cf. *supra*, n. 1468. — Planiol, I, n. 764.

(5) Planiol, I, n. 763. — Cpr. Hutteau d'Origny, *Actes de l'état civil*, tit VII, ch. I, § 7, n. 11; Béquet, *op. cit.*, n. 598 s.; Fuzier-Herman, art. 159, n. 4.

(6) Cet article n'a pas été touché par la loi du 21 juin 1907. Cf. Campistron, *op. cit.*, p. 12, note 1.

a légitimé, depuis, cette pratique et mis expressément le droit de donner ou de refuser le consentement à mariage des pupilles de l'Assistance publique, dans les attributions de leur tuteur, qui est, à Paris et dans le département de la Seine, le directeur de l'Assistance publique de Paris et, partout ailleurs, le préfet du département ou, par délégation, l'inspecteur départemental des enfants assistés (art. 11) (1).

Caractères généraux et modes de manifestation de la volonté des personnes dont le consentement est requis pour le mariage.

1483. En principe, la volonté des personnes admises à consentir au mariage est souveraine : il n'est pas plus permis de recourir, de quelque façon que ce soit, contre leur décision, qu'elles ne sont tenues d'en indiquer les motifs (2). Par cela seul qu'elle ne la restreint pas, la loi leur laisse une absolue liberté, que leur qualité rend le plus ordinairement sans péril et qui a paru indispensable pour faire pleinement respecter leur autorité. On ne saurait donc y apporter les tempéraments qu'au rapport de Pothier (3) admettait l'ancien droit, à la vérité dans de très rares circonstances.

1484. Ce principe est certain tout d'abord en ce qui concerne le consentement des ascendants. Il n'y a que deux cas où, refusé par eux, il puisse être accordé par les tribunaux.

Le premier est celui où, la puissance paternelle ayant été déléguée à l'assistance publique, à défaut des parents, qui l'ont abandonnée, on s'explique que leur droit quant au mariage, quand on le leur a conservé, puisse à son tour recevoir l'atteinte qu'y porte l'art. 17 al. 2 de la loi du 24 juillet 1889 : il est permis alors de les faire citer devant le juge, dont la volonté prévaut sur la leur (4).

(1) A la vérité, l'art. 13 de la loi du 27 juin 1904 place le droit de consentir au mariage dans une énumération qui comprend à la fois les attributions du tuteur et celles du conseil de famille. Mais, en rapprochant ce texte de la pratique antérieure, il paraît incontestable que le droit de consentir au mariage rentre dans les attributions propres du tuteur.

(2) Aubry et Rau, V, § 462, p. 71, n. 23; Demolombe, III, n. 51; Demante, I, n. 216 *bis;* Laurent, II, n. 322; Planiol, I, n. 769; Fuzier-Herman, art. 148, n. 23; art. 160, n. 4.

(3) *Op. cit.*, n. 332.

(4) Cf. *supra,* n. 1468. — Planiol, *loc. cit.* — Cet article 17 de la loi du 24 juill.

Le second est visé par l'art. 152 du code civil, modifié par la loi de 1907, et a été déjà signalé (1). Quand les père et mère du futur époux sont divorcés ou séparés de corps, et que celui des deux qui a obtenu le divorce ou la séparation de corps n'a pas, en même temps, obtenu la garde de l'enfant, s'ils ne sont pas d'accord, celui qui consent au mariage peut faire citer l'autre devant la chambre du conseil du tribunal, qui statue en dernier ressort.

1485. Le principe est gravement contesté, au contraire, en ce qui touche la délibération du conseil de famille d'un enfant légitime : est-elle susceptible d'un recours, soit de la part de l'enfant auquel elle refuse le consentement demandé, soit de la part de l'un de ses membres, lorsqu'elle n'est pas unanime, et dès lors doit-elle être motivée en vue de ce recours ? Avec la majorité de la doctrine nous admettons la négative (2). Rien d'abord ne laisse apercevoir dans cette loi cette exception au principe dont on connaît le fondement rationnel. Les pouvoirs des ascendants passent, à leur défaut, au conseil de famille : il doit les recevoir avec la même étendue, en l'absence de toute disposition qui les limite. Pourquoi énerverait-on l'autorité dont on l'investit? Les abus possibles sont si peu entrés dans les prévisions légales que, malgré son importance, sa délibération n'a même pas été soumise à l'homologation judiciaire (3), précisément pour qu'aucune volonté étrangère ne pût se substituer

1889 n'a pas été touché par la loi du 21 juin 1907. Campistron, *op. cit.*, p. 12, note 1.

(1) Cf. *supra*, n. 1456.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Empêchement*, § 5, art. 2, n. 14; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 71, n. 25, p. 74, n. 37 et 40, et I, § 96, p. 390, n. 10; Demolombe, III, n. 86, et *De la minorité*, II, n. 215; Duranton, II, n. 101 et 102; Delvincourt, I, p. 59, note 9; Laurent, II, n. 344; Huc, II, n. 57; Planiol, I, n. 756; Vazeille, I, n. 129; Fuzier-Herman, art. 160, n. 5 s.; Bellart, *Ann. du barr. fr.*, IX, p. 372 s. — Liège, 10 avril 1848, *Pasicr.*, 48. 174. — *Contra :* Toullier, I, n. 547; Valette sur Proudhon, I, p. 399, note *a;* Beudant, I, p. 311, note 1; Surville, I, n. 146-I, *in fine;* Pezzani, n. 425 s.; Allemand, I, n. 249; Massol, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1846, III, p. 183 s. — Liège, 30 avril 1811, S. chr., III. 2. 485, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 120. — Trib. Seine, 6 août 1869, S., 70. 2. 189 et note. — Cpr. Demante, I, n. 216 *bis*.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 74, n. 39, et I, § 95, p. 387, n. 9 et 10; Vazeille, I, n. 129.

à celle de la famille. Et vainement rappelle-t-on que, dans notre ancienne jurisprudence, il était permis d'appeler de sa décision au juge (1), puisque, contrairement au principe moderne, il en était alors de même de la décision des parents.

L'art. 883 du code de procédure autorise, il est vrai, à se pourvoir contre les délibérations du conseil « toutes les fois » qu'elles ne sont pas unanimes. Mais, malgré sa généralité, il ne faut entendre cette règle que des « avis » qui en émanent, comme le montre la rubrique du titre X : elle doit rester inapplicable aux actes qui constituent de véritables « consentements », c'est-à-dire des manifestations de volonté appelées par nature à être purement personnelles, et par conséquent souveraines.

Pour les mêmes raisons, il nous paraît que, si le tribunal appelé à se prononcer, en tant que conseil de famille, sur le mariage d'un enfant naturel non reconnu ou dont les parents sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, refuse son consentement, aucune voie de recours n'est possible contre sa décision (2).

1486. En quelle forme maintenant doit être exprimé le consentement de la famille? Il peut l'être d'abord oralement et sur interpellation de l'officier de l'état civil, lorsque les ascendants dont le consentement est requis assistent à la célébration du mariage (3). Et, dans l'hypothèse des art. 159 et 160, le tuteur ordinaire qui croirait devoir assister son pupille, n'aurait qu'à produire la délibération du conseil de famille ou du tribunal.

1487. En dehors de la présence de ces personnes à la célébration du mariage, le consentement doit être constaté par écrit. Cet écrit consiste en la délibération du conseil ou du tribunal dans les cas des art. 159 et 160 (4). En toute autre hypo-

(1) Pothier, *op.* et *loc. cit.*, n. 336.

(2) Avant la loi de 1907, quand l'enfant naturel avait besoin, pour se marier, du consentement d'un tuteur *ad hoc*, personne ne contestait que son refus de consentement fût définitif et sans appel.

(3) Planiol, I, n. 766; Surville, I, n. 148. — Cpr. Poitiers, 2 fév. 1883, S., 83. 2. 92.

(4) Aubry et Rau, V, § 462, p. 74, n. 38; Planiol, I, n. 767; Surville, *loc. cit.*; Vazeille, I, n. 128.

thèse, l'art. 73 paraissait bien exiger déjà que la forme en fût authentique : « *L'acte authentique du consentement des* » *père et mère ou aïeuls et aïeules, ou, à leur défaut, celui de* » *la famille, contiendra les prénoms, noms, professions et* » *domiciles du futur époux, et de tous ceux qui auront con-* » *couru à l'acte, ainsi que leur degré de parenté.* » Un texte si précis quant à la nature de l'acte et aux énonciations qu'il doit contenir serait totalement superflu, si le consentement pouvait s'établir d'une autre manière, ou s'il était même susceptible d'être seulement tacite et de s'induire de circonstances propres à faire connaître l'intention de la famille. On a entendu que la manifestation de volonté de celle-ci participât, en la forme, de la solennité de l'acte à l'occasion duquel elle intervient et qu'elle seule rend possible (1).

1488. Mais le doute n'est même plus permis, depuis que la loi du 20 juin 1896 (art. 1er) est venue ajouter à l'art. 73 un 2e alinéa ainsi conçu : « *Hors le cas prévu par l'art. 160* (2) *cet acte* » *de consentement pourra être donné, soit devant un notaire,* » *soit devant l'officier de l'état civil du domicile de l'ascendant,* » *et, à l'étranger, devant les agents diplomatiques ou consu-* » *laires français.* » Ainsi, tandis que l'acte authentique devait être jusque-là nécessairement reçu par un notaire, conformément au principe de l'art. 1er de la loi du 25 ventôse an XI, il peut l'être aujourd'hui, en France par l'officier municipal, et par nos représentants à l'étranger. On a voulu très sagement, toujours dans le but de faciliter le mariage, éviter de la sorte aux parents des déplacements et des frais qui auraient pu tout au moins le retarder. Mais il n'a cependant pas été possible d'en faire autant lorsque leur consentement doit résulter d'une délibération du conseil de famille, et de là la réserve par laquelle débute le nouvel alinéa (3).

(1) Aubry et Rau, V, § 466, p. 107, n. 5; Demolombe, III, n. 55; Marcadé, I, art. 73, n. 572; Laurent, II, n. 319; Huc, II, n. 39; Beudant, I, n. 218; Allemand, I, n. 222; Rieff, *Des actes de l'état civil*, n. 208; Fuzier-Herman, art. 73, n. 1; art. 148, n. 3 s. — Toulouse, 29 juil. 1828, S., 29. 2. 29, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 109. — *Contra :* Pau, 24 mars 1859, S., 59. 2. 519, D., 60. 2. 156.

(2) Depuis la loi de 1907, il faut ajouter l'art. 159. Les rédacteurs de cette loi ont oublié de modifier l'art. 73 en ce sens.

(3) Surville, I, n. 148.

Du reste, quand l'acte de consentement est reçu par un notaire, ce notaire, conformément au principe général introduit par la loi du 12 août 1902 (art. 9), peut instrumenter sans l'assistance d'un second notaire ou de deux témoins, à moins que les parents qui donnent leur consentement ou l'un d'entre eux ne sachent ou ne puissent signer.

1489. La loi du 8 juin 1893 a d'autre part fourni de nouvelles facilités aux intéressés, en établissant des règles spéciales relativement aux actes constatant le consentement à mariage donné pendant le cours d'un voyage maritime, ou par un militaire en temps de guerre ou pendant une expédition. Elle s'est inspirée des dispositions comme de l'objet d'une autre loi du même jour, qui a également posé des règles communes pour les actes de l'état civil dressés dans les mêmes circonstances (1), et très logiquement, à défaut d'officier municipal, de consul ou de notaire, chargé en général les mêmes fonctionnaires que cette dernière désigne, de recevoir les actes de consentement, en même temps que d'autres dont il n'y a pas ici à parler. Aux termes en effet de l'art. 1er, « *en temps de guerre ou pendant une expédition, les actes de* » *procuration, les actes de consentement à mariage ou à* » *engagement militaire et les déclarations d'autorisation* » *maritale consentis ou passés par les militaires, les marins* » *de l'Etat ou les personnes employées à la suite des armées* » *ou embarquées à bord des bâtiments de l'Etat, pourront être* » *dressés par les fonctionnaires de l'intendance ou les officiers* » *du commissariat. — A défaut de fonctionnaires de l'intendance ou d'officiers du commissariat, les mêmes actes pourront être dressés : 1° dans les détachements isolés, par l'officier commandant pour toutes les personnes soumises à son commandement ; 2° dans les formations ou établissements sanitaires dépendant des armées, par les officiers d'administration gestionnaires pour les personnes soignées ou employées dans ces formations ou établissements ; 3° à bord des bâtiments qui ne comptent pas d'officiers d'administration, par le commandant ou celui qui en remplit les fonctions ; 4° dans*

(1) Cf. tome II de ce traité, n. 933 s.

» *les hôpitaux maritimes et coloniaux, sédentaires ou ambu-* » *lants, par le médecin directeur ou son suppléant pour les* » *personnes soignées ou employées dans ces hôpitaux.* » D'autre part, d'après l'art. 2, « *au cours d'un voyage maritime, soit* » *en route, soit pendant un arrêt dans un port, les mêmes* » *actes concernant les personnes présentes à bord pourront* » *être dressés : sur les bâtiments de l'Etat par l'officier d'ad-* » *ministration ou, à son défaut, par le commandant ou celui* » *qui en remplit les fonctions, et sur les autres bâtiments, par* » *le capitaine, maître ou patron assisté par le second du navire* » *ou, à leur défaut, par ceux qui les remplacent. — Ils pour-* » *ront de même être dressés, dans les hôpitaux maritimes ou* » *coloniaux, sédentaires ou ambulants, par le médecin direc-* » *teur ou son suppléant pour les personnes employées ou soi-* » *gnées dans ces hôpitaux.* »

1490. Mais la loi a précisé les conditions et les circonstances dans lesquelles les officiers ou fonctionnaires qu'elle désigne sont compétents pour recevoir l'acte de consentement. « *Hors de France,* dit l'art. 3, *la compétence des fonction-* » *naires et officiers désignés aux deux articles précédents, sera* » *absolue. — En France, elle sera limitée au cas où les intéressés* » *ne pourront s'adresser à un notaire. Mention de cette impos-* » *sibilité sera consignée dans l'acte.* » Ainsi leur compétence cesse, en France, dès qu'il n'est plus impossible de recourir au ministère d'un notaire, tandis que, même depuis la loi du 20 juin 1896, elle reste entière, hors de France, lors même qu'il serait permis de s'adresser à un agent diplomatique ou consulaire. L'impossibilité à laquelle est subordonnée leur compétence ne doit pas d'ailleurs nécessairement être absolue. Cette exigence aurait souvent rendu illusoires les facilités qu'on a voulu donner aux intéressés, puisque, du fait, par exemple, que les actes auraient été portés à terre après avoir été dressés à bord du navire, on aurait pu conclure que leurs auteurs eux-mêmes auraient pu être débarqués pour y procéder dans les formes normales. Mais cette interprétation rigoureuse a été formellement repoussée par les rapporteurs de la loi devant les deux Chambres (1), et il a été entendu

(1) Rapp. de M. Thézard au Sénat, *J. Off., Doc. parl.*, avril 1893, p. 100. —

qu'on devrait considérer comme une impossibilité suffisante toute cause qui s'opposerait réellement à ce qu'on se conformât aux règles du droit commun, soit par exemple que les intéressés fussent retenus par leur service, soit que leur état de santé, l'ordre de marche du navire ou les nécessités de leur voyage fissent obstacle à leur débarquement.

1491. Enfin, aux termes de l'art. 4 : « *Les actes reçus dans les conditions indiquées en la présente loi seront rédigés en brevet. — Ils seront légalisés : par le commissaire aux armements, s'ils ont été dressés à bord d'un bâtiment de l'Etat; par l'officier du commissariat chargé de l'inscription maritime, s'ils ont été dressés sur un bâtiment de commerce; par un fonctionnaire de l'intendance ou par un officier du commissariat, s'ils ont été dressés dans un corps de troupe, et par le médecin-chef, s'ils ont été dressés dans un hôpital ou une formation sanitaire militaires. — Ils ne pourront être valablement utilisés qu'à la condition d'être timbrés et après avoir été enregistrés.* » Cette disposition ne précise pas, au reste, quel est l'officier du commissariat chargé de l'inscription maritime auquel doit être demandée la légalisation. Mais ce devrait être, si on s'en réfère aux déclarations du rapporteur de la loi devant la Chambre des Députés (1), celui du port où l'acte est remis à terre, et, à défaut, celui du port d'armement.

1492. Quant au fond, la validité du consentement des personnes qui l'accordent doit être appréciée, soit, s'il s'agit des ascendants, d'après les principes applicables à toute manifestation de volonté (2), soit, s'il s'agit de la délibération du conseil de famille ou du tribunal, d'après les règles générales qui gouvernent les actes de cette nature (3).

1493. Mais ce consentement doit-il être spécial? Celui qui le donne peut-il autoriser d'une manière générale l'enfant à

(1) 2e Rapp. de M. Darlan à la Chambre des députés, *J. Off., Doc. parl.*, sept. 1893, p. 898.

(1) 2e Rapp. de M. Darlan, *loc. cit.*, p. 898.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 75, n. 43; Demolombe, III, n. 52.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Empêch. de mar.*, § 5, art. 2, n. 13; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 75, n. 44; Ferrère, *Annales du barreau franç.*, XIV, p. 1. — Civ. rej., 22 juill. 1807, S. chr., II. 1. 412, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 472.

se marier, sans préciser le nom de son futur conjoint, l'acte qui le constate omettre complètement ce nom ou le laisser en blanc? La question est des plus discutées. Peut-être ne serait-il pas défendu de soutenir qu'elle a été résolue par l'art. 73 lui-même dans le sens de la négative, et que le « futur époux » dont il parle n'est autre que la personne que se propose d'épouser l'enfant auquel le consentement est donné; car était-il besoin que la loi exigeât formellement le nom de ce dernier? Mais, en laissant même de côté cette interprétation contestable, il ne semble pas que la solution doive être différente.

Les principes doivent en effet prévaloir sur le silence gardé à cet égard par notre disposition. Or, au fond, ne renonce-t-on pas au droit de consentir, bien plutôt qu'on ne l'exerce, en donnant un consentement général, qui ne s'applique à aucune personne déterminée et autorise en somme celui qui le reçoit à choisir tout seul, et sans contrôle, son conjoint? Vainement dit-on que le futur époux a pu, dans le passé, donner des marques assez certaines de sa maturité d'esprit et de son discernement pour mériter cette confiance, car la présomption légale est justement que, jusqu'à un certain âge, il ne saurait se passer des conseils d'autrui; et dès lors il ne doit pas être permis à celui qui les lui doit de l'en dispenser par avance, notamment sous la forme d'une autorisation générale. C'est en connaissance de cause, dans chaque cas particulier et non *in abstracto,* que le consentement doit être accordé pour être réellement sérieux, sans quoi le but de la loi ne peut être atteint. Il est possible que dans des circonstances spéciales cette exigence n'aille pas sans inconvénients; mais, outre qu'elles sont en définitive des plus rares, elles ne doivent pas faire perdre de vue les dangers bien autrement graves de la liberté qu'on s'efforce de reconnaître à celui qui doit consentir. Sans doute la publication peut lui apprendre, ainsi qu'on l'a remarqué, le nom de la personne à laquelle se propose de s'unir le futur époux, et le mettre en mesure, si cette union lui paraît mal assortie, de révoquer son autorisation et de former opposition au mariage. Mais cette publicité n'est pas assez efficace pour qu'elle le touche tou-

jours, et peut-être même, surtout si le mariage a lieu à l'étranger, se dispensera-t-on, en dépit de la loi (art. 170), de l'effectuer. Le mieux est donc que ce soit avant même de consentir par écrit au mariage qu'on doive nécessairement apprendre le nom du conjoint avec lequel il doit être contracté, tout comme on le sait obligatoirement lorsqu'on consent de vive voix, au moment de la célébration (1).

Si notre opinion est fondée, il faut en conclure que l'officier de l'état civil auquel serait représenté un acte de consentement qui n'énoncerait pas le nom de la personne que doit épouser celui qui le produit, serait fondé et même obligé à refuser de procéder à la célébration, tant qu'il ne serait pas justifié d'un consentement plus régulier (2).

Il faut en conclure pareillement que celui qui doit consentir ne peut donner à un tiers que le mandat spécial de produire son autorisation au mariage de telle personne avec telle autre, dont l'individualité doit être précisée de façon suffisante (3).

1494. Le consentement qui doit être obtenu par les futurs époux doit exister au moment même de la célébration du mariage, puisque seul il les habilite à y faire procéder. De là deux conséquences :

1° Le consentement donné par anticipation peut être retiré par celui dont il émane, et la célébration devient alors impossible, à la condition du moins que cette révocation se soit manifestée par un acte extérieur, par voie de notification ou d'opposition par exemple, à l'officier de l'état civil (4). Que si cette notification n'avait été faite qu'au futur époux anté-

(1) Demolombe, III, n. 53; Demante, I, n. 236 *bis;* Duranton, II, n. 91; Marcadé, I, art. 73, n. 573; Richelot, I, p. 243, note 7; Delvincourt, I, p. 70, note 1; Laurent, II, n. 320; Huc, II, n. 39; Planiol, I, n. 768; Vazeille, I, n. 116; Pezzani, n. 259 s.; Chardon, *De la puiss. pat.*, n. 204; Fuzier-Herman, art. 148, n. 1 s. — *Contra :* Aubry et Rau, V, § 466, p. 107, n. 6. — Cpr. Coin-Delisle, art. 73, n. 4; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 283; Allemand, I, n. 223.

(2) Cf. note 1, et circ. min. du 27 avril 1807 (Hutteau d'Origny, *op. cit.*, tit. VII, ch. I, § 2, n. 19), et du 29 oct. 1852 (Béquet, *op. cit.*, n. 547).

(3) Demolombe, III, n. 54.

(4) Aubry et Rau, V, § 462, p. 74, n. 41; Demolombe, III, n. 56; Duranton, II, n. 94; Laurent, II, n. 321; Huc, II, n. 39; Planiol, I, n. 770; Vazeille, I, n. 121; Fuzier-Herman, art. 148, n. 8.

rieurement autorisé, il semblerait bien qu'il ne saurait se prévaloir, au mépris de toute bonne foi, à l'encontre de son conjoint, auquel il l'aurait laissé ignorer, du défaut de consentement de la famille (arg. art. 2009) (1).

1495. 2° Si la personne qui a consenti par anticipation meurt ou devient incapable de manifester sa volonté, avant la célébration du mariage, son consentement doit être réputé non avenu : il émane en effet d'une personne qui n'a plus qualité pour le fournir, et qui le rétracterait d'ailleurs peut-être, si elle en avait les moyens. C'est donc à d'autres qu'il appartient désormais d'exprimer une volonté qui puisse être opérante (2).

Or cette volonté doit être expresse, on le sait. C'est dire qu'elle ne peut résulter du simple silence des personnes appelées à consentir au mariage, à défaut de celle qui l'avait antérieurement approuvé, et que ce silence ne peut être « regardé comme une confirmation de ce consentement », lequel serait censé subsister toujours. Il ne saurait être question en effet de confirmation là où il n'y a plus rien et ne peut rien y avoir, car la manifestation anticipée de volonté de celui qui est actuellement dans l'impossibilité d'en avoir une est à considérer comme n'existant pas, puisqu'elle ne s'est pas produite au moment précis où elle devait intervenir. Nul ne saurait donc tacitement la reprendre à son compte et se dispenser, en n'y contredisant pas, d'émettre positivement l'avis personnel que la loi réclame (3).

Tout au plus serait-il permis de soutenir que le mariage resterait valable, au cas où il aurait été célébré dans l'ignorance de l'événement qui a mis fin au pouvoir des personnes qui y avaient effectivement consenti (arg. art. 2008 et 2009) (4).

(1) Demolombe, III, n. 57; Fuzier-Herman, art. 148, n. 9. — *Contra :* Laurent, *loc. cit.* — Cpr. Planiol, I, n. 771.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 74 et 75, n. 42; Demolombe, III, n. 56; Duranton, II, n. 94; Laurent, *loc. cit.;* Huc, *loc. cit.;* Vazeille, *loc. cit.;* Fuzier-Herman, art. 148, n. 10. — *Contra :* Delvincourt, I, p. 58, note 4.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, III, n. 58; Laurent, *loc. cit.;* Pezzani, n. 294 s. — *Contra :* Duranton, II, n. 95; Delvincourt, *loc. cit.;* Marcadé, I, art. 149-V, n. 529; Vazeille, I, n. 121. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 148, n. 11 s.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, III, n. 58; Fuzier-Herman, art. 148, n. 14.

§ II. *Du consentement de l'autorité publique à certains mariages.*

1496. Presque à toute époque, on a assujetti les militaires à l'obligation de demander à leurs chefs l'autorisation de se marier. On a voulu par là — mais cette pensée aurait dû être logiquement étendue à beaucoup d'autres carrières, si celle des armes n'avait toujours joui d'une considération particulière — prévenir les unions qui auraient pu porter atteinte au prestige dont on tenait à les entourer ou leur créer des soucis pécuniaires, susceptibles de les détourner de l'accomplissement de leurs devoirs. Rien d'étonnant, étant donnés ces motifs, à ce que cette obligation, déjà sanctionnée par de nombreux actes royaux (1), mais supprimée par la loi du 8 mars 1793, ait été consacrée de nouveau par Napoléon. Tel fut l'objet du décret du 16 juin 1808, dont le principe a été développé par de nombreux actes postérieurs.

Aux termes de l'art. 1er de ce décret, « *les officiers de tout genre, en activité de service, ne pourront à l'avenir se marier qu'après en avoir obtenu la permission par écrit du ministre de la guerre* », et son art. 2 ajoute que « *les sous-officiers et soldats en activité de service, ne pourront de même se marier qu'après en avoir obtenu la permission du conseil d'administration de leur corps* ». Mais ce décret a été suivi lui-même d'un autre, du 3 août de la même année, qui soumet les officiers de marine et les personnes qui leur sont assimilées à l'obligation d'obtenir la même autorisation du ministre compétent (art. 1er), sauf le droit pour certaines autorités coloniales de consentir au mariage des officiers qui leur sont subordonnés, si les circonstances ne permettent pas d'attendre la permission du ministre (art. 2), et qui fait, d'autre part, aux troupes du département de la marine la même situation qu'à celles de l'armée de terre (art. 3). Enfin un troisième décret, en date du 28 août 1808, étendit les dispositions du premier au mariage de certains officiers, tels que les intendants et sous-

(1) Ord. des 15 déc. 1681; 6 avril 1686; 13 sept. 1713; 24 janv. 1769; 1er juill. 1788 et 21 mai 1828.

intendants militaires et les officiers de santé, tandis que l'avis du conseil d'Etat des 22 novembre-21 décembre de la même année les appliquait aux officiers réformés, sur ce motif qu'ils pouvaient être rappelés à l'activité d'un instant à l'autre (1).

Il ne suffit pas d'ailleurs, aujourd'hui, d'être lié au service à un titre quelconque, pour être tenu de se pourvoir de l'autorisation dont il s'agit : une pareille exigence eût été insupportable à une époque où les obligations militaires se prolongent jusqu'à un âge avancé. Aussi, reproduisant sur ce point la disposition de la loi du 27 juillet 1872, art. 44, et de celle du 15 juillet 1889, art. 58, la loi du 21 mars 1905 sur le recrutement énonce-t-elle, dans son art. 48, que « *les hommes de* » *la réserve de l'armée active, ainsi que les hommes envoyés* » *en congé par application des articles 90 et 91, peuvent se* » *marier sans autorisation* » (2).

1497. On a conclu de ces textes que l'officier de l'état civil, obligé de tenir la main à leur observation, était en droit d'exiger, du futur époux qui ne rapporte pas le consentement de l'autorité militaire, un certificat de libération du service, lequel seul établit qu'il n'a pas à en justifier. Il est vrai que cette pièce ne figure pas parmi celles qu'énumère le Code, et que cette exigence peut retarder le mariage en dehors de toute prévision de la loi sur ce point. Mais il semble bien que ce soit là le seul moyen pratique pour l'officier de l'état civil d'assurer le respect des prescriptions légales, auxquelles le code civil ne pouvait du reste faire aucune allusion, puisqu'elles sont toutes postérieures à sa publication (3).

(1) Planiol, I, n. 738. — Cf. sur d'autres assimilations et sur les conditions de l'autorisation : décis. minis. du 12 oct. 1808; ord. du 27 déc. 1831; avis du C. d'Et. du 16 mars 1836; décret du 23 mars 1852, art. 37 et 38; décret du 12 juin 1852, art. 35; décret du 1er mars 1854, art. 537 s.; régl. du 7 nov. 1866, art. 103; arrêté du 26 juin 1888; et les circulaires ou décisions des 17 déc. 1843, 13 mars 1844, 17 juin 1847, 21 août 1852, 27 juil. 1854, 23 juin et 3 août 1855, 17 juil. 1858, 18 janv. et 18 déc. 1860, 1er juin 1866, 19 mars 1870, 8 mai et 20 août 1872, 3 déc. 1873, 18 fév. et 14 juil. 1875, 13 avril 1876, 14 août 1877, 22 janv., 17 mai et 28 déc. 1879. — Mersier, *Etat civil*, n. 223; Béquet, *Etat civil*, n. 620 s.; Fuzier-Herman, art. 144, n. 49 s.

(2) Planiol, *loc. cit.*

(3) Demolombe, III, n. 92 *bis*. — Paris, 29 avril 1856, P., 56, II, 307, D., 56. 2.

1498. Le contrôle de l'autorité supérieure s'exerçait uniquement sur le mariage des militaires et personnes assimilées, lorsqu'un acte récent, ressuscitant presque une antique prohibition du droit romain (1), est venu soumettre à ce même contrôle le mariage des agents ou fonctionnaires des services diplomatique et consulaire, vraisemblablement pour empêcher que leur prestige ne fût exposé à souffrir des unions qu'ils contracteraient, et peut-être aussi pour leur interdire celles qui les engageraient dans des alliances susceptibles de diminuer la liberté dont doivent jouir nos représentants à l'étranger ou leurs auxiliaires. Le décret du 19 avril 1894, qui édicte ce nouvel empêchement, évidemment prohibitif comme le précédent, est ainsi conçu : « *Aucun agent ou fonctionnaire* » *des services diplomatique et consulaire ne pourra contracter* » *mariage sans l'autorisation du ministre des affaires étrangè-* » *res* » (art. 1er). — « *S'il s'agit d'un mariage avec une personne* » *de nationalité étrangère, la demande en autorisation devra* » *être adressée au ministre de façon à lui parvenir un mois au* » *moins avant la date de la première publication légale* » (art. 2). — « *L'infraction aux dispositions du présent décret entraînera,* » *pour l'agent qui s'en sera rendu coupable, la mise en retrait* » *d'emploi ou en disponibilité* » (art. 3). — Quoique la nécessité de cette autorisation s'impose au fonctionnaire dans le cas même où il se marie en France, l'officier de l'état civil qui procéderait à la célébration, sans qu'il lui en eût été justifié, ne s'exposerait pas, semble-t-il, aux pénalités de l'art. 193 C. pén.

§ III. *De la notification que doivent faire, dans certains cas, les futurs époux majeurs à leurs père et mère.*

1499. Pour être maîtres de leur sort lorsqu'ils ont atteint leur majorité, les futurs époux ne sont point affranchis du devoir de respect auquel ils sont tenus envers leurs père et mère, et de l'obligation morale de les consulter au sujet d'un

262. — Pau, 23 août 1859, cité par Demolombe. — Cpr. Béquet, *op. cit.*, n. 629 ; Mersier, *op. cit.*, n. 226.

(1) L. 63 e. L. 65, D., *De ritu nupt.*, XXIII, 2.

projet qui intéresse à un si haut degré la famille, ou tout au moins de les en aviser. Mais cette obligation a même été juridiquement sanctionnée, et, jusqu'à un certain âge, la loi leur impose, à défaut de consentement, l'obligation de faire connaître l'union projetée à ceux que leur expérience, leur affection et leur intérêt même désignent comme les meilleurs et les plus sûrs des conseillers. Si les parents ne peuvent plus agir que par la persuasion, la forme solennelle dans laquelle les descendants doivent les prévenir de leur intention, peut donner à réfléchir à ceux-là mêmes que la voix de la froide raison ne suffirait pas à convaincre, et l'on compte aussi sur le temps pendant lequel le mariage est ajourné, pour permettre aux passions de se calmer. Peut-être enfin n'est-il pas téméraire d'espérer, soit que la seule éventualité d'une mise en demeure à adresser à sa famille détournera l'enfant de son projet, soit, à l'inverse, que son opiniâtreté finira par avoir raison de la résistance à laquelle il s'était heurté tout d'abord (1).

C'est à toutes ces considérations que fut due l'introduction dans notre droit, par un édit de février 1556, confirmé par la déclaration du 26 novembre 1639 et par l'édit de mars 1697, des « sommations respectueuses », auxquelles ces divers actes obligeaient les enfants jusqu'à un certain âge, sous peine d'exhérédation (2). La loi du 20 septembre 1792 (tit. IV, sect. 1) les avait au contraire complètement supprimées, lorsqu'elles furent rétablies par le Code, sous le nom, mieux choisi pour désigner un acte de soumission (3), d' « actes respectueux ». On leur avait, depuis, souvent reproché de gêner la liberté des futurs époux, sans être réellement efficaces, et même d'aggraver le dissentiment qui les séparait de leurs parents, en provoquant trop fréquemment une rupture définitive, lorsque la loi du 20 juin 1896, en en réduisant le nombre, vint donner une certaine satisfaction à ces griefs, en même temps qu'à sa préoccupation de supprimer toutes les entraves inu-

(1) Cpr. Demolombe, III, n. 59; Laurent, II, n. 323; Huc, II, n. 51; Planiol, I, n. 773-774.

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 337. — Cpr. Planiol, I, n. 776.

(3) Bigot-Préameneu, *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 591, n. 5.

tiles au mariage (1). Mais la loi du 21 juin 1907 a fait plus, et, tout en les maintenant sous un autre nom, celui de *notification du projet de mariage,* elle en a limité l'exigence aux futurs époux mineurs de trente ans qui ont encore, soit leur père et leur mère, soit l'un d'entre eux, et elle en a considérablement simplifié les formes.

I. *Par qui et à qui doit être faite la notification.*

1500. Les futurs époux qui, majeurs quant au mariage, avaient des ascendants en état de manifester leur volonté, devaient requérir le conseil de tous ceux dont le consentement leur eût été indispensable, s'ils n'eussent pas atteint leur majorité matrimoniale, et qui effectivement le leur avaient refusé. Telle était la règle que formulait, en termes moins généraux, l'art. 151, dont le 1er alinéa, reproduction presque littérale de l'ancien article, était, depuis la loi précitée de 1896 (art. 2), ainsi conçu : « Les enfants de famille » ayant atteint la majorité fixée par l'art. 148 sont tenus, » avant de contracter mariage, de demander, par acte res- » pectueux et formel, le conseil de leur père ou de leur mère » ou celui de leurs aïeuls ou aïeules lorsque leurs père et » mère sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester » leur volonté. » Si avancé qu'il fût, l'âge des futurs époux ne les dispensait donc pas de cette obligation (2).

Ainsi l'enfant qui avait ses père et mère devait requérir le conseil de chacun d'eux, s'ils refusaient tous deux leur consentement, sans qu'une demande adressée au père, tant pour lui que pour la mère, et à laquelle il aurait répondu pour les deux, pût être considérée comme suffisante : chacun des parents avait en effet un droit distinct à être consulté (3).

Si la mère consentait, il suffisait de demander le conseil du père. Et si c'était de lui qu'émanait le consentement, il n'était

(1) Planiol, I, n. 775.

(2) Demolombe, III, n. 60.

(3) Merlin, *Quest.*, v° *Actes respectueux*, § 3, quest. 2 ; Aubry et Rau, V, § 463, p. 84, n. 14 ; Demolombe, III, n. 62 ; Duranton, II, n. 106 ; Laurent, II, n. 324. — Caen, 12 déc. 1812, S. chr., IV. 2. 215, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 174. — Douai, 25 janv. 1816, S., 16. 2. 114.

pas nécessaire qu'il fût adressé d'acte respectueux à la mère, sauf à établir cependant qu'elle avait été consultée (1).

Enfin, à défaut des père et mère, c'est-à-dire s'ils n'existaient plus ou étaient dans l'impossibilité de manifester leur volonté, l'enfant devait requérir le conseil de ses aïeuls ou de ses bisaïeuls, suivant les distinctions qui ont été précédemment faites (2). Il était du reste entendu, d'une part, que cette obligation ne lui incombait plus lorsqu'il avait déjà obtenu de l'un de ses ascendants, en cas de désaccord entre eux, un consentement suffisant à son mariage (3), et, d'autre part, qu'elle ne s'imposait à l'enfant naturel reconnu que vis-à-vis de ses père et mère (art. 158) (4).

Quant à l'impossibilité susvisée, elle devait être prouvée, en principe, comme il a déjà été dit (5).

Mais ces règles ont été notablement modifiées par la loi récente du 21 juin 1907, dans le but de simplifier de plus en plus les conditions requises pour se marier. Le nouvel art. 151 est, en effet, ainsi conçu : « *Les enfants ayant atteint* » *l'âge de vingt et un ans révolus et jusqu'à l'âge de trente* » *ans révolus, sont tenus de justifier du consentement de leurs* » *père et mère. — A défaut de ce consentement, l'intéressé* » *fera notifier, dans les formes prévues en l'article 154, l'union* » *projetée à ses père et mère ou à celui des deux dont le con-* » *sentement n'est pas obtenu. — Trente jours francs écoulés* » *après justification de cette notification, il sera passé outre* » *à la célébration du mariage.* »

Ainsi, tout d'abord, depuis la nouvelle loi, il n'y a plus d'acte respectueux. Il n'est plus nécessaire de demander un conseil qui n'était jamais demandé que pour la forme et qu'on était, en général, parfaitement décidé, s'il était donné,

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 90, n. 42; Demolombe, III, n. 62; Laurent, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 151, n. 9 s. — Cpr. Poitiers, 8 juill. 1830, S., 30. 2. 239, D., 30. 2. 263. — Cf. *supra*, n. 1457.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 84 et 85, n. 17 et 18; Demolombe, III, n. 62; Demante, I, n. 211 *bis*, I; Duranton, II, n. 106; Laurent, *loc. cit.*; Planiol, I, n. 177.

(3) Cf. la note précédente.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 90; Demolombe, III, n. 88; Huc, II, n. 56.

(5) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 84, n. 15.

à ne pas suivre. La loi n'exige plus qu'une notification de l'union projetée.

En second lieu, cette notification n'est exigée que des futurs époux qui ont moins de trente ans.

Troisièmement enfin, ils ne sont tenus de la faire qu'à leurs père et mère, ou à celui des deux qui ne consent pas au mariage. En revanche, comme les termes de la loi sont généraux, ils paraissent tenus de faire cette notification à la mère, quand même le père, vivant et capable de manifester sa volonté, consentirait au mariage (1).

En résumé, depuis la loi de 1907, les futurs époux sont libres de se marier, sans le consentement de personne, et sans avoir à prévenir personne, dès l'instant qu'ils ont atteint l'âge de trente ans. Mais, bien entendu, le droit d'opposition de leurs ascendants reste sauf (2).

D'autre part, la même liberté leur appartient, dès l'âge de vingt et un ans, quand leur père et leur mère sont morts ou absents. Peu importe qu'ils aient alors des ascendants plus éloignés. Ceux-ci n'ont que le droit d'opposition (3).

1501. Mais comment établir, dans ce dernier cas, le décès ou l'absence du père et de la mère?

Le décès est normalement prouvé par l'acte de décès.

Toutefois il n'est pas nécessaire de produire cet acte, quand les aïeuls et aïeules de la branche à laquelle appartient le décédé, attestent le décès. L'art. 155, 2e al., qui pose cette règle en termes généraux, et que l'on considère communément comme applicable même au cas où le consentement du décédé aurait été requis, s'applique, *a fortiori,* au cas où on n'aurait eu à lui faire qu'une notification du projet de mariage. La seule chose qu'exige la loi, c'est que l'attestation des aïeuls et aïeules soit mentionnée dans l'acte de mariage.

Que s'il est impossible de fournir cette attestation, soit à cause du prédécès des aïeuls et aïeules, soit pour toute autre raison, le troisième alinéa de l'art. 155, modifié par la loi du 21 juin 1907, décide qu'il sera procédé à la célébration du

(1) Cf. pourtant Campistron, *op. cit.*, n. 11 s.
(2) Campistron, *op. cit.*, n. 22.
(3) Campistron, *op. cit.*, n. 22.

mariage des époux, qui, par hypothèse, sont majeurs, sur leurs déclaration et serment que le lieu du décès de leurs ascendants leur est inconnu. « *A défaut de cette attestation,* » dispose le 3e alinéa, *il sera procédé à la célébration du* » *mariage des majeurs, sur leurs déclaration et serment que* » *le lieu du décès et celui du dernier domicile de leurs ascen-* » *dants leur sont inconnus.* »

Cette déclaration devait être certifiée, avant la loi de 1907, par le serment des quatre témoins du mariage, qui devaient affirmer que, quoique connaissant les futurs époux, ils ignoraient le lieu du décès de leurs ascendants. Leur déclaration et celle des époux devaient, en outre, être mentionnées dans l'acte de mariage.

Mais la loi nouvelle, poursuivant son but général de simplification des conditions et formes du mariage, a fait disparaître ces deux dernières exigences (1), qui avaient été introduites dans l'art. 155 par la loi de 1896, reproduisant, à cet égard, des dispositions identiques de l'avis du conseil d'Etat des 27 messidor-4 thermidor an XIII (2).

1502. Quant à l'absence, la question est réglée par le premier alinéa du nouvel article 155, qui reproduit *mutatis mutandis* le premier alinéa du texte de 1896 et l'unique alinéa du texte primitif.

Il est ainsi conçu : « *En cas d'absence des père et mère* » *auxquels eût dû être faite la notification par l'article 151,* » *il sera passé outre à la célébration du mariage en représen-* » *tant le jugement qui aurait été rendu pour déclarer l'ab-* » *sence, ou, à défaut de ce jugement, celui qui aurait ordonné* » *l'enquête, ou, s'il n'y a point encore eu de jugement, un* » *acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu où les* » *père et mère ont eu leur dernier domicile connu. Cet acte* » *contiendra la déclaration de quatre témoins appelés d'office* » *par le juge de paix.* »

L'ancien texte supposait déjà nécessairement que l'ascendant absent était le seul qui restât à l'enfant, car, si l'autre

(1) Campistron, *op. cit.*, n. 17, *in fine.*

(2) Cf. aussi circ. min. du 11 messidor an XII, Béquet, *Etat civil*, n. 574.

existait et qu'il fût en état de manifester sa volonté, c'est à lui qu'il fallait alors adresser l'acte, conformément à l'art. 151, qui ne laissait aucun doute sur ce point et auquel notre disposition n'avait évidemment pas eu pour objet de déroger (1). Mais les termes mêmes du nouveau texte sont encore plus décisifs en ce sens.

Que si l'acte de notoriété autorisé par le premier alinéa de l'art. 155 ne pouvait être dressé, faute de connaître le dernier domicile de l'ascendant disparu, le troisième alinéa de ce même article permet, à notre avis, la célébration du mariage sur les simple attestation et serment du futur époux que le lieu du dernier domicile de son ascendant lui est inconnu. Il ne le dit pas, sans doute, expressément et paraît ne se contenter de cette attestation que dans le cas où il s'agit de suppléer à l'acte de décès ; mais comment expliquer sans cela qu'il exige une attestation de l'ignorance du futur époux quant au lieu du dernier domicile de son ascendant ? D'ailleurs, avant la loi de 1907, il est certain que l'avis du conseil d'Etat du 4 thermidor an XIII, reproduit littéralement, dans les deux derniers alinéas de l'art. 155, par la loi de 1896, autorisait la preuve de l'absence à l'aide de cette attestation, et il n'apparaît pas que le législateur de 1907 ait voulu, à cet égard, modifier en quoi que ce soit le droit antérieur. Et si le nouvel art. 155 a été mal rédigé, on n'en saurait conclure à l'abrogation, sur ce point, des règles suivies jusque-là (2).

II. *Du nombre et des effets des notifications.*

1503. Dans le système primitivement admis par les rédacteurs du code civil, un seul acte respectueux devait suffire dans tous les cas, et quel que fût l'âge des futurs époux, pour vaincre la résistance des ascendants. Mais, à la date du 21 ventôse an XII, ils décrétèrent six articles, les art. 152 à 157, dont les deux premiers établirent la distinction suivante.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit*, p. 84, n. 16; Demolombe, III, n. 63; Duranton, II, n. 112; Valette sur Proudhon, I, p. 379, note *a;* Marcadé, I, art. 155-I, n. 538; Laurent, II, n. 326; Huc, II, n. 53; Fuzier-Herman, art. 150, n. 11.

(2) Cpr. Campistron, *op. cit.*, n. 17.

D'après l'art. 152, « depuis la majorité fixée par l'art. 148, jusqu'à l'âge de trente ans accomplis pour les fils, et jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis pour les filles, l'acte respectueux prescrit par l'article précédent, et sur lequel il n'y aurait pas de consentement au mariage, sera renouvelé deux autres fois, de mois en mois; et un mois après le troisième acte, il pourra être passé outre à la célébration du mariage ». Et l'art. 153 ajoute qu' « après l'âge de trente ans, il pourra être, à défaut de consentement sur un acte respectueux, passé outre, un mois après, à la célébration du mariage ». Ainsi trois actes respectueux étaient nécessaires, lorsque les garçons n'avaient pas trente ans accomplis et les filles vingt-cinq ans révolus, tandis qu'un seul suffisait au-dessus de cet âge. Il est vrai que, quant à ce dernier point, l'art. 153 ne paraissait faire aucune distinction à raison du sexe; mais celle-ci résultait formellement de la disposition précédente, qui permettait de corriger la singulière inadvertance du législateur (1). Quant à la différence établie par la loi à cet égard entre les deux sexes, elle s'expliquait par les mêmes considérations qui avaient fait fixer diversement l'époque de leur majorité matrimoniale.

1504. Un délai d'un mois devait nécessairement s'écouler entre deux actes consécutifs. Mais on se demandait s'ils ne pouvaient pas se suivre à plus d'un mois de distance. Les termes de la loi ne paraissaient nullement le défendre, et il semblait que c'était bien plus entrer dans son esprit que le méconnaître, que d'autoriser le futur époux à prolonger la durée pendant laquelle le mariage lui était interdit, puisque la lenteur qu'il s'imposait était un gage de sa sagesse relative et une marque de la ténacité de sa résolution (2).

(1) Bigot-Préameneu, *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 590, n. 4; Merlin, *Quest.*, v° *Actes respect.*, § 2, quest. 3; Aubry et Rau, V, § 463, p. 88, n. 37; Demolombe, III, n. 66; Demante, I, n. 212, note 1; Toullier, I, n. 548, note; Duranton, II, n. 108; Laurent, II, n. 327; Planiol, I, n. 780; Surville, I, n. 146-I; Vazeille, I, n. 135; Fuzier-Herman, art. 153, n. 1. — Bordeaux, 22 mai 1806, S. chr., II. 2. 147, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 145. — Paris, 19 sept. 1815, S., 16. 2. 343, D., *loc. cit.*

(2) Demolombe, III, n. 68; Laurent, II, n. 328; Pezzani, n. 333; Fuzier-Herman, art. 151, n. 5 s. — Trib. Seine, 17 déc. 1872, D., 73. 3. 37. — Cpr. Hutteau d'Origny, *op. cit.*, tit. VII, ch. I, § 4, n. 7.

1505. La nécessité de cette réitération des actes respectueux fut supprimée par la loi du 20 juin 1896 (art. 2). Reprenant l'idée primitive des rédacteurs du code, ses auteurs pensèrent, non sans raison, que le futur époux qui n'avait pas craint d'en venir à une première signification, n'hésitait guère à passer aux autres, et que leur renouvellement avait pour résultat habituel d'aigrir davantage ses rapports avec sa famille, sans permettre aucunement à celle-ci de mieux faire entendre sa voix. Les dispositions des anciens art. 152 et 153 furent donc retranchées, et ces numéros servirent à en abriter de nouvelles, d'un objet tout différent, ce qui a mis du reste quelque désordre dans cette partie de notre code.

Depuis la loi de 1896, il n'y avait donc plus, quel que fût l'âge du futur époux, qu'un seul acte respectueux à signifier.

Or c'est ce système que la loi du 21 juin 1907 a adopté, en ce qui concerne la notification par laquelle elle a remplacé l'ancien acte respectueux. Quand le futur époux est tenu de la faire, c'est-à-dire de vingt et un à trente ans seulement, il n'est jamais tenu de la réitérer.

1506. Aux termes du 3e alinéa de l'art. 151, texte de 1907, « *trente jours francs écoulés après justification de cette notification, il sera passé outre à la célébration du mariage* ». En la retardant jusque-là, la loi a voulu laisser à la réflexion le temps d'opérer de part et d'autre (1).

Ce délai de trente jours francs paraît toujours exigé, quand même il s'agirait de la notification faite à la mère et que le père, vivant et capable de manifester sa volonté, consentirait au mariage. S'il en est ainsi, il en résulte quelque chose d'anormal : c'est que, si le futur époux était mineur de vingt-et-un ans, il pourrait, en ce cas, se marier dès que le refus de sa mère aurait été authentiquement constaté, tandis que, de vingt-et-un à trente ans, au contraire, il ne le pourra que trente jours après. Or c'est là un résultat assez inattendu d'une loi principalement faite dans le but de supprimer les lenteurs dans la conclusion des mariages (2).

(1) Cpr. Planiol, I, n. 779.
(2) *Contra :* Campistron, *op. cit.*, n. 11-13.

1507. Avant la loi de 1907, le délai qui devait s'écouler entre l'acte respectueux (autrefois, le troisième acte respectueux) et la célébration du mariage, était fixé à un mois. Ce délai n'était pas un délai franc. En d'autres termes, il se calculait — comme devait se calculer jadis l'intervalle entre deux actes consécutifs — en y comprenant à la fois et le jour de la signification, et le jour de l'échéance, et contrairement à la disposition de l'art. 1033 C. pr. Ce texte, en effet, n'est applicable qu'aux actes de procédure, et tel ne pouvait être le caractère des actes respectueux, auxquels on avait retiré jusqu'au nom de « sommations ». Cette solution ressortait, jadis, au surplus des expressions légales : « l'acte sera renouvelé de mois en mois », ce qui prouvait que le mois se comptait de quantième à quantième. Le premier acte ayant donc été fait le 1er juin, le deuxième pouvait l'être le 1er juillet, et le troisième le 1er août (1).

La loi de 1907 a adopté un système tout différent. Le délai entre la notification qu'elle ordonne et la célébration du mariage, délai qui, au surplus, n'est plus d'un mois, mais de trente jours, est un délai franc. Il ne comprend donc, ni le jour de la notification, ni celui de l'échéance. Et, par suite, si la notification a été faite le 1er juillet, le mariage ne peut être célébré avant le 1er août (2).

1508. S'il y a un délai minimum avant l'expiration duquel le mariage ne peut pas être célébré, il n'en est déterminé aucun après lequel il ne puisse plus l'être. Il faut en conclure que la notification, à la différence des publications, conserve indéfiniment sa vertu. On ne voit pas du reste pourquoi elle l'aurait perdue, puisqu'il dépendrait des ascendants, s'il sur-

(1) Merlin, *Quest.*, v° *Acte respect.*, § 2, quest. 1 et 2; Aubry et Rau, V, § 463, p. 88, n. 36; Demolombe, III, n. 67; Duranton, II, n. 107; Laurent, II, n. 328; Huc, II, n. 41; Vazeille, I, n. 135; Pezzani, n. 329 s.; Fuzier-Herman, art. 152, n. 1. — Paris, 19 oct. 1809, S. chr., III. 2. 141, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 142. — Lyon, 23 déc. 1831, S., 32. 2. 267, D., 32. 2. 42. — Bordeaux, 19 juin 1844, S., 44. 2. 504, D., 44. 4. 12. — *Contra :* Delvincourt, I, p. 60, note 2; Hutteau d'Origny, *op. cit.*, tit. VII, ch. I, § 4, n. 6.

(2) Campistron, *op. cit.*, n. 15. Cf. cet auteur, p. 16, note 1, sur le caractère équivoque du membre de phrase : « trente jours... après justification de cette notification ».

venait de nouveaux motifs de leur résistance, entre l'époque déjà lointaine de la notification et celle du mariage, d'y former une opposition qui en empêcherait au moins momentanément la célébration (1).

III. *Des conditions de forme et de fond de la notification.*

1509. Pendant longtemps, dans l'ancienne France, les « sommations respectueuses » furent faites par un huissier assisté de recors. Mais, pour qu'elles fussent, même en la forme, mieux d'accord avec leur nom, un arrêt de règlement rendu par le Parlement de Paris, le 27 août 1692, décida qu'elles seraient désormais du ministère des notaires et qu'elles devraient de plus être précédées de la permission du juge (2). Le code n'avait donc fait que s'inspirer du dernier état de la jurisprudence antérieure, en chargeant de la notification des actes respectueux ces officiers publics, dont l'intervention lui avait paru à la fois plus pacifique, moins blessante, et plus susceptible d'assurer une conciliation que celle des huissiers, qui annonce d'ordinaire un conflit véritable (3).

Il en est de même de la notification substituée par la loi de 1907 à l'acte respectueux, et qui doit, comme lui, être faite par un notaire.

1510. Le laconisme du code avait fait naître de très nombreuses difficultés, quant à la forme en laquelle devait être fait l'acte respectueux. L'art. 154 était en effet la seule disposition qui fût relative à cet objet : « L'acte respectueux, y » était-il dit, sera notifié à celui ou ceux des ascendants désignés en l'art. 151, par deux notaires, ou par un notaire et » deux témoins; et, dans le procès-verbal qui doit en être » dressé, il sera fait mention de la réponse. »

Et tout d'abord cette demande devait-elle être faite par l'enfant en personne, avec l'assistance de l'officier public? Le texte ne lui imposait pas expressément cette obligation, et, conformément à l'opinion générale, à laquelle nous nous ral-

(1) Demolombe, III, n. 69; Laurent, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 153, n. 3.
(2) Pothier, *op. cit.*, n. 340.
(3) Bigot-Préameneu, *Exp. des motifs*, Locré, *Lég.*, IV, p. 591, n. 5. — Planiol, I, n. 778.

liions, elle ne lui incombait pas (1). Il la repoussait même jusqu'à un certain point par ses termes, lorsqu'il exigeait la mention, dans le procès-verbal de notification de l'acte respectueux, de la réponse des ascendants, ce qu'il avait fait apparemment pour qu'elle fût transmise à l'intéressé, et par suite dans la supposition de son absence. Désirable à certains égards, parce qu'il aurait permis aux ascendants de faire, auprès de leur enfant, de vive voix, et par là d'une façon plus efficace, une dernière tentative pour le détourner de son projet, et peut-être aussi parce qu'une démarche personnelle aurait été empreinte d'un caractère respectueux que ne pouvait lui donner aussi pleinement l'intervention de l'officier ministériel, avec quelques ménagements qu'il procédât, le rapprochement des parties aurait pu, d'autre part, être l'occasion de scènes regrettables et amener la rupture complète de rapports déjà tendus. En outre, il aurait été parfois susceptible, au cas, par exemple, de mariage *in extremis* ou d'éloignement de l'enfant, d'entraver ou de retarder par trop la célébration du mariage. On comprend donc que, quoique Bigot-Préameneu (2) y eût fait une allusion évidente, en parlant des explications qu'échangeraient les parents avec leurs enfants, la loi n'en eût pas, en définitive, fait une nécessité absolue et qu'elle n'eût pas sur ce point consacré l'opinion de Pothier. Sans doute cet auteur (3), analysant l'arrêt de règlement de 1692, indique qu'il prescrit formellement à l'enfant de « se transporter chez ses père et mère » ; mais il paraît établi que cette prescription ne fut jamais obéie en

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Somm. respect.*, n. 3, et *Quest.*, v° *Actes respect.*, § 3, quest. 9; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 85; n. 22; Demolombe, III, n. 71; Demante, I, n. 212 *bis*; Toullier, I, n. 549; Duranton, II, n. 111; Marcadé, I, art. 154, n. 537; Laurent, II, n. 331; Huc, II, n. 42 et 44; Planiol, I, n. 778; Vazeille, I, n. 138; Fuzier-Herman, art. 154, n. 28 s. — Req. rej., 4 nov. 1807, S., 8. 1. 57, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 149; Paris, 26 avril 1836, S., 36. 2. 238, D., 37. 2. 184. — Toulouse, 27 nov. 1861, S., 63. 2. 67. — Trib. Seine, 22 juill. 1865, *Le Droit*, 4 août 1865. — *Contra:* Delvincourt, I, p. 59, note 14. — Caen, 1er prairial an XIII, S., 5. 2. 143, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 148. — Angers, 20 janv. 1809, S. chr., III. 2. 9, D., *loc. cit.* — Cpr. Pezzani, n. 340 s. — Grenoble, 1er sept. 1863, S., 63. 2. 190, D., 63. 5. 10.

(2) *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 589, n. 4.

(3) *Op. cit.*, n. 340.

pratique, et ce n'était certes pas le silence du code qui pouvait révéler chez ses auteurs l'intention de la renouveler.

Depuis la loi de 1907, toute question se trouve supprimée. Du moment qu'il ne s'agit plus d'un acte respectueux, mais d'une notification de l'union projetée, il est certain que le futur époux n'a pas à la faire en personne. Les notifications se font toujours par l'intermédiaire d'un tiers. D'ailleurs, l'art. 154, nouveau texte, dit formellement que le notaire fait la notification à la requête de l'intéressé, et ceci est décisif. Si la notification est faite par le notaire, c'est que l'intéressé ne la fait pas lui-même.

1511. L'acte respectueux exigé avant la loi de 1907 consistait en une demande de conseil faite, au nom de l'enfant et à sa requête, par l'officier public que la loi en chargeait : telle était la solution naturelle qui résultait de la combinaison des art. 151 et 154. Par un acte « respectueux et formel », le notaire, assisté d'un de ses collègues ou de deux témoins, devait donc, sans se borner à lire le mandat qu'il avait reçu (1), solliciter des ascendants, au nom même du futur époux, le conseil qu'il attendait d'eux, et, pour ce faire, il devait leur notifier un acte écrit, destiné à présenter la demande et à recevoir la réponse qui lui était faite (2).

Nulle part d'ailleurs on n'apercevait, pour quelque cas que ce fût, la nécessité de deux actes successifs, l'acte respectueux et l'acte de notification de celui-ci. Cette nécessité ne se concevait pas plus que l'on ne conçoit pour un huissier, lorsqu'il signifie une sommation proprement dite, celle de constater par acte séparé la réponse dont elle a été suivie. C'est donc à tort, selon nous, que certains auteurs (3), à l'opinion desquels se conformait très généralement, paraît-il, la pratique notariale, voulaient qu'il fût dressé deux actes distincts, lorsque du moins l'enfant n'accompagnait pas le notaire, l'un, l'acte

(1) Merlin, *Quest.*, v° *Acte respect*, § 3, quest. 1; Laurent, II, n. 337; Huc, II, n. 43.

(2) Planiol, I, n. 778.

(3) Demolombe, III, n. 75; Coffinières, *Encycl. jur.*, v° *Acte respect.*, n. 43; *Dictionnaire du notariat*, v° *Actes respect.*, § 4. — Cpr. toutefois Defrénois, *Traité prat. du not.*, 7e éd., Paris, 1898, I, n. 1578.

respectueux proprement dit, dressé dans l'étude de l'officier ministériel, l'autre, l'acte de notification, fait au domicile de l'ascendant, et destiné à constater la signification. Mais, si on cherchait vainement la raison d'être de cette complication, en revanche les décisions de la jurisprudence ne faisaient que trop apparaître toutes les difficultés auxquelles elle avait donné lieu (1), et que faisait évanouir au contraire l'unité, une fois reconnue, de l'acte prescrit par la loi. En définitive, ce n'était pas dans l'écrit qui le constatait qu'il consistait essentiellement, mais bien en une démarche qui ne pouvait être faite qu'auprès de l'ascendant, et dont l'accomplissement pût être prouvé par un titre : dès lors, où ce titre aurait-il pu être mieux dressé qu'au domicile de l'ascendant lui-même? Qu'il pût être préparé en dehors, assurément; mais ce qui nous paraissait inadmissible, c'est que l'acte respectueux véritable dût, comme on le prétendait, être fait en l'étude, c'est-à-dire à un moment où la démarche respectueuse n'était pas encore accomplie et où on ne pouvait relater que la mission donnée par l'enfant au notaire, et qu'il dût être suivi d'un acte de notification distinct, alors que la notification constituait précisément la démarche elle-même! Les errements de la pratique devaient paraître enfin d'autant plus contraires à la loi qu'elle ne supposait nulle part, comme on l'a vu, la présence du requérant, et que par suite les formalités ne pouvaient varier suivant qu'il accompagnait ou non l'officier public (2).

Sur ce point encore, la loi de 1907 écarte toute difficulté. La notification par laquelle elle a remplacé l'acte respectueux ne comporte évidemment qu'un seul acte instrumentaire, signifié, à la personne ou au domicile du père ou de la mère, par le notaire que le futur époux a chargé de ce soin.

1512. La demande de conseil devait être présentée, aux

(1) Cf. Orléans, 3 juin 1871, S., 71. 2. 114. — Amiens, 10 avril 1883, *Rec. Amiens*, 1883, p. 163.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 86 et 87, n. 29 et n. 31; Laurent, II, n. 329; Huc, II, n. 42 s.; Fuzier-Herman. art. 154, n. 9 s., n. 15 s., n. 86 s. — Douai, 27 mai 1835, S., 36. 2. 44, D., 35. 2. 156. — Paris, 7 avril 1868, sous Cass., D., 70. 1. 299. — Orléans, 3 juin 1871, S., 71. 2. 114. — *Contra :* Bordeaux, 12 fruct. an XIII, S., 7. 2. 769. — Toulouse, 2 fév. 1830, S., 30. 2. 177, D., 30. 2. 195.

termes de l'art. 154, par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins (1), et, quoiqu'il ne fût rien dit à cet égard dans le Code civil, les témoins devaient réunir les qualités requises pour les actes notariés en général (loi du 25 ventôse an XI, modifiée par celle du 12 août 1902, art. 9 et 10) (2).

Mais leur présence réelle, ou, à leur défaut, celle du notaire en second, était-elle nécessaire ? Au premier abord, la loi du 21 juin 1843, reproduite, à cet égard, purement et simplement par celle de 12 août 1902, (art. 9-2°), semblait avoir mis la négative au-dessus de toute discussion, puisqu'elle n'énumérait pas les actes respectueux parmi ceux pour lesquels cette présence était requise à peine de nullité. On avait pourtant prétendu qu'il n'y avait pas lieu de rechercher dans cette loi les règles qui gouvernaient ces actes, et qui avaient été spécialement posées, avait-on dit, par le Code civil. Or on apercevait dans les termes de l'art. 154 la nécessité, de la part de ceux qui assistaient l'officier public, d'une coopération effective à sa démarche, que leur présence rendait ainsi plus solennelle. Mais c'était là précisément ce qui aurait dû être établi et ce qui ne pouvait l'être, car cette disposition se bornait à reproduire à cet égard les exigences de la loi du 25 ventôse an XI (art. 9). Partant, elle semblait bien devoir être interprétée conformément aux règles qui ont été édictées par la loi de 1843 et maintenues implicitement par celle de 1902, sur la forme ordinaire des actes notariés, parmi lesquels les actes respectueux devaient être naturellement compris (3).

(1) Planiol, I, n. 778; Surville, I, n. 146, I. La loi du 12 août 1902 avait maintenu les règles du Code civil en ce qui concernait les actes respectueux. Le notaire qui signifiait un acte respectueux devait donc, même depuis cette loi, être assisté d'un second notaire ou de deux témoins.

(2) Aubry et Rau, V, § 463, p. 85, n. 20; Demolombe, III, n. 76; Fuzier-Herman, art. 154, n. 2. — Angers, 20 janv. 1809, S. chr., III. 2. 9, D., *Rép.*, v° *Mar.*, n. 158. — Rouen, 13 mai 1839, S., 39. 2. 346, D., 39. 2. 166. — En conséquence, bien que, depuis la loi du 12 août 1902, l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an XI ne précise les qualités que doivent réunir les témoins que pour les actes visés à son paragraphe 2°, il y avait lieu, vu l'absence de règles contraires, d'exiger les mêmes qualités des témoins aux actes respectueux, qui étaient visés au paragraphe 1° par renvoi aux règles du Code civil.

(3) Demolombe, III, n. 77; Allemand, I, n. 245; Fuzier-Herman, art. 154, n. 20 s.

Malgré ces motifs, la jurisprudence était contraire à notre opinion. Toutefois, s'attachant strictement aux termes mêmes de l'art. 154, si elle exigeait la présence réelle des assistants du notaire à la notification, ainsi que l'apposition de leur signature sur l'original de celle-ci (1), et suivant quelques décisions sur la copie elle-même (2), elle se croyait autorisée par le silence de cet article à dispenser de l'accomplissement de ces formalités l'acte de réquisition ou acte respectueux proprement dit, qu'elle distinguait du précédent et auquel notre disposition lui paraissait étrangère. Comme cette distinction elle-même nous avait paru sans aucune base dans les textes, c'est à un double titre que nous devions repousser ici l'application qui en était faite.

Mais ces diverses questions n'ont plus aujourd'hui qu'un intérêt rétrospectif, car la loi de 1907 a décidé que la notification qui a été substituée par elle à l'acte respectueux serait faite par un notaire tout seul. « *La notification prescrite par l'article 151,* dit le nouvel art. 154, 1er alinéa, *sera faite à la requête de l'intéressé par un notaire instrumentant sans le concours d'un deuxième notaire ni de témoins.* »

Il n'y a même pas à réserver le cas prévu par l'art. 9, 3° de la loi du 25 ventôse an XI, modifiée par celle du 12 août 1902, où l'une des parties ne saurait ou ne pourrait signer, car le requérant n'a pas à signer la notification (3).

1513. Du reste la notification, comme l'acte respectueux autrefois, fait preuve par elle-même du pouvoir qui a été donné au notaire de la faire. Pas plus que pour tout autre acte authentique, il n'est nécessaire que l'enfant donne à celui qui le représente un mandat exprès et écrit. Par cela

— Bourges, 30 juill. 1891, S., 93. 2. 261. — *Contra :* Merlin, *Quest.*, v° *Act. respect.*, § 3, quest. 6; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 85, n. 21; Vazeille, I, n. 136. — Lyon, 23 déc. 1831, S., 32. 2. 267, D., 32. 2. 42. — Rennes, 1er juin 1859, S., 59. 2. 481 et note. — Cpr. Huc, II, n. 45; Pezzani, n. 336.

(1) Paris, 11 oct. 1871, S., 71. 2. 132, D., 71. 5. 10. — Paris, 26 sept. 1878, S., 78. 2. 325, D., 79. 2. 132. — Cf. *infra,* n. 1522 et 1523.

(2) Paris, 12 fév. 1811, S. chr., III. 2. 414, D., *Rép.*, v° *Mariage,* n. 186. — Trib. Bourges, 4 mars 1886, *Gaz. Pal.*, 1886, p. 559. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 154, n. 10 s. — Paris, 7 avril 1868, sous Cass., D., 70. 1. 299.

(3) *Contra*: Campistron, *op. cit.*, n. 14.

seul qu'il agit, l'officier public atteste qu'il a reçu ce pouvoir, sauf à en justifier, si sa qualité est contestée, conformément au droit commun (1).

1514. En elle-même, et quant au fond, la notification doit remplir, nous semble-t-il, deux conditions, qui sont les mêmes que celles que devait remplir, avant la loi de 1907, l'acte respectueux :

1° Elle doit être formelle, c'est-à-dire énoncer nettement son objet, qui est de prévenir l'ascendant de l'union projetée et d'obtenir, si possible, son consentement à cette union.

La loi de 1907 est particulièrement explicite sur ce point, beaucoup plus que le code civil, qui, à propos de l'acte respectueux, se contentait d'exiger qu'il fût formel, sans dire en quoi il devait l'être.

Aux termes, en effet, des al. 2 et 3 de l'art. 154, modifié par cette loi : « *Cet acte, visé pour timbre et enregistré gratis,* » *énoncera les prénoms, noms, professions, domiciles et rési-* » *dences des futurs époux, de leurs pères et mères* (2), *ainsi* » *que le lieu où sera célébré le mariage. — Il contiendra aussi* » *déclaration que cette notification leur est faite pour obtenir* » *leur consentement, et qu'à défaut il sera passé outre à la* » *célébration du mariage à l'expiration du délai de trente* » *jours francs.* »

Bien entendu, d'ailleurs, aucune formule sacramentelle n'est prescrite (3). Notamment, la validité de la notification

(1) Merlin, *Quest.*, v° *Actes respect.*, § 3, quest. 10. — Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 85 et 86, n. 23 et 24 ; Demolombe, III, n. 72 ; Laurent, II, n. 330, et les autorités citées *supra*, p. 139, note 4. — Bruxelles, 26 déc. 1812, S. chr., IV. 2. 222, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 157. — Bruxelles, 29 mars 1820, S. chr., VI. 2. 240, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 153. — Douai, 8 janv. 1828, S., 28. 2. 183, D., 28. 2. 97. — Douai, 27 mai 1835, S., 36. 2. 44, D., 35. 2. 156. — Cpr. Vazeille, I, n. 141 ; Pezzani, n. 348 ; Fuzier-Herman, art. 154, n. 13 s. ; n. 37 s.

(2) La résidence dont parle l'art. 154, et qui est certainement pour les pères et mères leur résidence ordinaire, semble bien être, pour les futurs époux, celle qui est visée au nouvel art. 74. Cf. Circ. du Garde des Sceaux, 12 juil. 1907 ; Vallet, *op. cit.*, n. 2.

(3) Cpr., en ce qui concerne l'ancien acte respectueux, Merlin, *loc. cit.*, § 3, quest. 16 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 86, n. 25 ; Demolombe, III, n. 78 ; Fuzier-Herman, art. 154, n. 33 s. — Req. rej., 24 déc. 1807, S., 07. 2. 1048, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 163. — Toulouse, 27 juin 1821, S., 22. 2. 98, D., *loc. cit.* — Amiens, 8 avril 1825, S., 25. 2. 425, D., 32. 2. 56.

ne serait nullement compromise si, au lieu de dire qu'à défaut de consentement il sera passé outre à la célébration du mariage trente jours après, on se contentait de dire qu'il pourra y être passé outre.

1515. 2° Quoique la loi de 1907 ne le dise pas, il nous paraît que, comme l'acte qu'elle est destinée à remplacer, la notification doit être respectueuse, c'est-à-dire ne pas contenir de manquement au devoir de déférence auquel l'enfant est tenu envers ses parents : l'acte irrévérencieux proteste bien plus contre les exigences de la loi qu'il ne l'exécute. — Quand peut-il être considéré comme tel? Il n'y a là qu'une simple question de fait, qui relève de l'appréciation du juge (1).

On peut observer toutefois que l'emploi dans l'acte du terme « sommation » ne suffirait pas, par lui-même, à le rendre irrespectueux, d'autant que cet emploi pourrait s'expliquer par la persistance du souvenir de son ancienne qualification; mais il est plus conforme au vœu de la loi d'éviter cette expression (2). Et il en serait semblablement de l'usage des termes « interpellation » et « interpeller », qui s'expliquent, et s'expliquaient surtout jadis, par l'objet même de l'acte qui les contient (3).

1516. Quant au fait par l'enfant d'annoncer sa ferme résolution de donner suite à son projet de mariage, il ne peut plus être question aujourd'hui de le considérer comme donnant à sa notification un caractère irrespectueux, puisque c'est la loi même qui exige qu'il soit dit dans cette notification que, passé un certain délai, il sera passé outre au mariage. Mais, même avant la loi de 1907, on décidait communément que cela seul n'eût pas suffi à faire regarder l'acte comme irrévérencieux, si du moins une pareille déclaration avait été formulée en termes d'une parfaite convenance et

(1) Merlin, *Quest.*, v° *Act. respect.*, § 3, quest. 17; Demolombe, III, n. 78; Laurent, II, n. 338. — Cpr. Chambéry, 7 juin 1886, S., 87. 2. 37.

(2) Bigot-Préameneu, *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 591, n. 5.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Somm. resp.*, n. 3; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 86, n. 26; Demolombe, III, n. 78; Laurent, II, n. 338; Fuzier-Herman, art. 154, n. 34 s. — Rouen, 6 mars 1806, S., 6. 2. 104. — Req. rej., 4 nov. 1807, S., 8. 1. 57, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 162. — Cpr. Bordeaux, 12 fruct. an XIII, S. chr., II. 2. 88, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 164.

sans prendre l'allure d'une bravade. L'enfant était considéré comme ayant le droit d'informer ses parents de son état d'esprit, ce qui pouvait suffire d'ailleurs à vaincre leur résistance. Toutefois la raison même des actes respectueux lui interdisait de manifester le mépris dans lequel il était décidé à tenir les conseils qu'il était obligé d'en attendre (1).

1517. Avant la loi de 1896, il ne fallait pas non plus, selon nous, voir une marque d'irrévérence dans le fait par l'enfant de donner une seule procuration pour la notification des trois actes respectueux, ce fait parvînt-il à la connaissance des ascendants par la copie de la procuration qu'on aurait fait figurer en tête des actes (2). Car il ne révélait nullement l'intention arrêtée chez le futur époux de passer outre aux objurgations de ses parents et de tenir leurs conseils pour nuls et non avenus, tandis qu'il s'expliquait de reste par l'économie de frais qu'il lui permettait de réaliser. Dira-t-on que le renouvellement, à chaque acte, de cette procuration démontrait bien mieux la persistance de l'enfant dans ses projets ? Mais cette persistance devait ressortir, dans le système de la loi, du renouvellement même des actes, et non de la succession des pouvoirs qui les précèdent ; et en fait elle se manifestait très suffisamment par cela seul que les procurations antérieurement données n'étaient pas révoquées.

1518. C'était également, à notre sens, ajouter aux prescriptions légales que d'exiger, comme on le faisait parfois, qu'en ce cas « chaque procès-verbal d'acte respectueux attestât que la réponse des ascendants avait été communiquée à l'enfant » (3). Pouvait-on dire en effet que « la procuration

(1) Demolombe, III, n. 78; Laurent, II, n. 338; Fuzier-Herman, art. 152, n. 9. — Cf. Bordeaux, 12 fruct. an XIII, S., 5. 2. 185. — Req. rej., 24 déc. 1807, précité.

(2) Merlin, *Quest.*, v° *Acte respectueux*, § 3, quest. 19 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 86, n. 26 ; Demolombe, III, n. 79; Laurent, II, n. 337; Pezzani, n. 349 s.; Fuzier-Herman, art. 154, n. 42 s. — Caen, 11 avril 1822 et 24 fév. 1827, S., 28. 2. 51, D., 28. 2. 38. — Douai, 8 janv. 1828, S., 28. 2. 185, D., 28. 2. 97. — Paris, 27 nov. 1876, S., 77. 2. 111, D., 77. 2. 156. — Bourges, 14 mai 1878, S., 78. 2. 215, D., 78. 5. 13. — *Contra :* Rouen, 19 mars 1828, S., 28. 2. 119, D., 28. 2. 92.

(3) *Contra :* Demolombe, *loc. cit.;* Fuzier-Herman, art. 154, n. 44 s. ; Coffinières, *Encycl. jur.*, v° *Acte respect.*, n. 33. — Douai, 8 janv. 1828, précité. — Paris, 27 nov. 1876, précité. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 154, n. 49 ; Pezzani, n. 351. — Paris, 10 déc. 1872, S., 72. 2. 295.

générale donnée une fois pour toutes autorisait à penser que cette réponse ne lui avait pas été transmise » ? Non, car si le notaire était obligé de consigner celle-ci, il était par là même implicitement tenu de la faire parvenir à l'intéressé, et dès lors on ne pouvait pas ériger en présomption qu'il avait méconnu son devoir strict : or c'était évidemment à quoi aboutissait l'opinion d'après laquelle la notification suivante devait formellement constater qu'il s'en était acquitté.

1519. Mais ne remplissait pas, au contraire, notre condition l'acte qui n'était que la copie d'un acte précédent et sa reproduction pure et simple (1). Non seulement cette forme même laissait trop bien voir que le requérant accomplissait ainsi une formalité à laquelle il n'attachait pas de signification sérieuse, mais elle ne satisfaisait pas non plus à la prescription légale qui voulait que l'acte fût « renouvelé », c'est-à-dire que la demande de conseil fût refaite. Or une copie n'est pas à proprement parler un « renouvellement », terme qui indique un certain changement, mais une « reproduction », qui se confond en quelque sorte avec l'objet reproduit. En un mot il fallait, selon nous, que l'acte renouvelé s'inspirât dans son contexte des circonstances mêmes dans lesquelles il était notifié et qu'il en fût pour ainsi dire le reflet, au lieu de se référer simplement à la situation dans laquelle on se trouvait lors de la notification précédente : à ce prix seulement on pouvait parler d'acte nouveau. Mais c'était dépasser cependant les exigences de la loi que d'imposer à l'enfant l'obligation de faire connaître les raisons pour lesquelles il persistait dans son projet malgré l'opposition de ses parents : aucun texte ne l'y assujettissait et ne devait raisonnablement le faire, l'enfant étant libre après tout de se marier à sa guise, et les motifs qui justifient ces sortes de résolutions étant presque toujours des plus délicats à donner, pour ne pas dire davantage.

1520. Comment la notification doit-elle être faite?

Il était manifestement conforme au vœu de la loi que celle

(1) Demolombe, III, n. 80; Laurent, II, n. 337. — Rennes, 9 oct. 1818, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 168. — *Contra:* Fuzier-Herman, art. 151, n. 8. — Besançon, 30 juill. 1822, S. chr., VII. 2. 106, D., *loc. cit.*

de l'acte respectueux le fût par le notaire à l'ascendant lui-même, parlant à sa personne, de manière à pouvoir conférer avec lui et à exercer, dans cette entrevue, son ministère de conciliation. Le but même de l'institution le prouvait, aussi bien que l'ancien art. 154, qui voulait qu'il fût fait mention au procès-verbal de la réponse de l'ascendant. On pouvait même être tenté d'induire de cette disposition que le notaire devait nécessairement lui parler. Mais, s'il en eût été ainsi, l'ascendant aurait pu rendre impossible ou retarder indéfiniment l'accomplissement des formalités légales, soit en tenant caché le lieu de sa résidence, soit en refusant de recevoir l'officier public, de l'écouter ou de lui répondre, ce qui bien évidemment était inadmissible. Tout ce qu'on pouvait donc raisonnablement conclure de notre texte, c'est que le notaire devait faire son possible pour joindre l'ascendant, et que par suite il aurait compromis la validité de l'acte qu'il accomplissait pour son client, si, en fraude à la loi, il avait épié le moment où l'ascendant était absent pour se présenter à son domicile (1). Mais il n'était pas tenu de se représenter s'il ne le rencontrait pas, surtout si celui-ci se dérobait à toute entrevue : il suffisait alors de mentionner ces circonstances au procès-verbal de notification, de même, le cas échéant, que de constater le mutisme dans lequel l'ascendant s'était obstinément renfermé (2).

L'acte respectueux pouvait donc être notifié, soit à personne, soit à domicile, et à défaut, conformément aux règles

(1) Bouvier, note sous Trib. Versailles, 14 juin 1902, D., 1904. 2. 377.

(2) Merlin, *Quest.*, v° *Acte respect.*, § 3, quest. 4 et 11; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 86. n. 27 et 28; p. 87, n. 32; Demolombe, III, n. 81; Demante, I, n. 212 *bis*, II, Toullier, I, n. 549; Duranton, II, n. 110; Laurent, II, n. 332; Huc, II, n. 48; Planiol, I, n. 778; Vazeille, I, n. 136; Fuzier-Herman, art. 154, n. 46 s., n. 56 s. — Toulouse, 27 juin et 21 juill. 1821, S., 22. 2. 98 et 99, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 172. — Req. rej., 11 juill. 1827, S., 27. 1. 473, D., 27. 1. 300. — Paris, 26 avril 1836, S., 36. 2. 238, D., 37. 2. 184. — Riom, 28 janv. 1839, S., 39. 2. 212, D., 39. 2. 100. — Grenoble, 1er sept. 1863, S., 63. 2. 190, D., 63. 5. 10. — Amiens, 10 avril 1883, *Rec. Amiens*, 83, p. 163. — Chambéry, 7 juin 1886, S., 87. 2. 37. — Trib. Versailles, 14 juin 1902, D., 1904. 2. 377, note de M. Bouvier. — Paris, 31 mai 1905, S., 1906. 2. 16, D., 1905. 2. 373 et note C. C. — Cpr Caen, 12 déc. 1812, S., 13. 2. 157, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 174. — Angers, 10 mars 1813, S., 15. 2. 65, D., *Rép.*, *loc. cit.* — Bruxelles, 3 avril 1823, S., 25. 2. 375, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 174.

tracées par l'art. 68 C. pr., qu'il convenait d'appliquer ici par analogie, quoiqu'il ne s'agît pas de la signification d'un exploit (1).

Il en est *a fortiori* de même de la notification prescrite par la loi de 1907, qui, à la différence de l'ancien acte respectueux, n'a pas à mentionner la réponse de celui à qui elle est faite. Elle peut donc être faite, soit à personne, soit à domicile, et, à défaut, conformément aux règles tracées par l'art. 68 C. pr. (2).

1521. En raison de la nature tout à fait particulière de l'acte respectueux, on décidait communément qu'il pouvait être notifié même un jour de fête légale, contrairement à la règle de l'art. 1037 C. pr. Cette règle, en effet, n'est applicable qu'aux « significations » et « exécutions » (3), et on avait évité jusqu'à l'emploi du terme de signification en la matière, et très clairement manifesté l'intention, au cours des travaux préparatoires, de ne point étendre à l'acte respectueux les prescriptions auxquelles sont soumis les exploits d'huissier. D'ailleurs, à vrai dire, on ne voit pas pourquoi il n'aurait pas été possible de tenter en un pareil jour une démarche toute pacifique, comme celle dont il s'agissait.

Quoiqu'il s'agisse maintenant d'une notification et que ce terme même se rapproche singulièrement de celui de signifi-

(1) Merlin, *loc. cit.*, § 3, quest. 12; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 88, n. 35; Demolombe, III, n. 81; Huc, II. n. 48; Planiol, I, n. 778; Surville, I, p. 90, note 2. — Montpellier, 17 août 1855, S., 55. 2. 722, D., 56. 2. 271. — Amiens, 8 juin 1869, S., 70. 2. 100, D., 71. 2. 27. — Orléans, 3 juin 1871, S., 71. 2. 114. — Paris, 26 sept. 1878, S., 78. 2. 325, D., 79. 2. 132. — Nancy, 11 juill. 1885, S., 85. 2. 195, D., 86. 2. 96. — Lyon, 11 mai 1886, *Pand. franç.*, 86. 2. 201. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 152, n. 7; art. 154, n. 7 s., 52 s., 69 s. — Besançon, 19 févr. 1861, S., 61. 2. 382, D., 61. 2. 90.

(2) Mais il n'y a pas lieu d'appliquer à cette notification les règles prescrites par la loi du 15 février 1899, relativement à la remise des exploits sous pli fermé, quand ils ne peuvent être remis à personne. Cf. sur ce point, en ce qui concerne les anciens actes respectueux, Trib. Saint-Pons, 30 octobre 1901, D., 1903. 2. 265, note de M. Bouvier, 1904. 2. 377, note de M. Bouvier. — Montpellier, 22 juillet 1902, et Trib. Versailles, 14 juin 1902, D., 1904. 2. 377. — Paris, 31 mai 1905, S., 1906. 2. 16, D., 1905. 2. 373, note de C. C.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 87, n. 30; Pezzani, n. 367; Fuzier-Herman, art. 154, n. 76. — Agen, 27 août 1829, S., 32. 2. 298, D., 32. 2. 37. — Cpr. Demolombe, III, n. 82.

cation qu'emploie l'art. 1037 C. pr., il faut encore décider que cette notification peut être faite un jour férié. Pour être une notification, elle n'en est pas moins toujours un acte notarié, et l'interdiction d'instrumenter les jours fériés ne s'applique pas aux notaires.

Pour la même raison, il faudrait admettre que la notification peut être faite à une heure quelconque, pourvu qu'elle soit convenable. Et il n'y aurait pas lieu d'observer, à cet égard, les prescriptions de l'art. 1037 C. pr., édictées uniquement, à notre avis, pour les actes du ministère des huissiers.

1522. Œuvre d'un notaire, le procès-verbal de notification doit être dressé naturellement en la forme des actes notariés (1), notamment porter sur l'original la signature du notaire (2) (loi du 25 ventôse an XI, art. 9 et 14). Mais la signature de l'enfant n'a point, au contraire, à y figurer, puisqu'il est représenté dans sa démarche par l'officier public (3).

1523. Pour en diminuer les frais, la loi de 1907 a décidé que le procès-verbal de notification serait visé pour timbre et enregistré gratis (art. 154 C. civ., nouveau texte). La règle est générale et ne s'applique pas seulement au cas où il s'agirait d'un futur époux indigent. D'ailleurs, si elle ne s'était appliquée qu'à ce cas, elle n'eût pas été nécessaire, car elle se trouvait déjà édictée, pour les actes respectueux qu'elle a remplacés, par l'art. 4 de la loi du 10 décembre 1850, modifiée par celle du 20 juin 1896.

1524. Copie de la notification doit être remise à chacun des père et mère à qui elle est faite (4). Chacun d'eux, en effet, a un droit distinct à la recevoir, et ce motif exclut toute

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 87, n. 30; Demolombe, III, n. 76.

(2) Merlin, *Quest.*, v° *Acte respect.*, § 3, quest. 6; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 154, n. 10 s. — Rennes, 1er juin 1859, S., 59. 2. 481. — *Contra* : Allemand, I, n. 245.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.* — Douai, 27 mai 1835, S., 36. 2. 44, D., 35. 2. 156. — Paris, 26 avril 1836, S., 36. 2. 238, D., 37. 2. 184. — Mais cpr. Campistron, *op. cit.*, n. 14.

(4) Cette copie doit être, comme l'original, visée pour timbre gratis. Cfr. Campistron, *op. cit.*, n. 14.

distinction qu'on pourrait proposer à cet égard. Peu importe notamment que les père et mère résident ensemble.

On décidait de même, avant la loi de 1907, à l'égard du procès-verbal de notification de l'acte respectueux (1).

1525. Telles sont les seules formalités en l'accomplissement desquelles consiste la notification qui a remplacé les actes respectueux : dans le silence des dispositions légales on ne saurait, à notre sens, en exiger aucune autre sans arbitraire. La liberté de personnes majeures, et présumées conséquemment aptes à se diriger elles-mêmes, limitée seulement par l'obligation où elles sont de prévenir solennellement leurs parents, lorsqu'elles se proposent de se marier, et par les retards que cette notification entraîne, ne saurait, sous quelque prétexte que ce soit, recevoir une plus grave atteinte.

Il n'y a donc pas lieu de reconnaître au juge, même à la charge de n'en user que dans les circonstances où cela lui paraîtrait nécessaire, la faculté d'assigner au futur époux à la requête de qui la notification est faite, une résidence déterminée jusqu'au jour où la célébration du mariage deviendra possible.

L'opinion contraire était soutenue, avant la loi de 1907, sous le régime des actes respectueux, par une fraction de la doctrine et de la jurisprudence.

On faisait remarquer que l'obligation qui incombait alors à l'enfant de solliciter l'avis de ses parents ne pesait apparemment sur lui que pour qu'il pût se conformer à cet avis, si, d'aventure, il en reconnaissait la sagesse. Or, comment l'aurait-il pu, si cet avis ne pouvait lui parvenir qu'altéré, travesti par les commentaires de son entourage, composé peut-être par les premiers intéressés au triomphe de ses

(1) Merlin, *loc. cit.*, § 3, quest. 3; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 87 et 88, n. 34; Demolombe, III, n. 62; Duranton, II, n. 106 s.; Laurent, II, n. 336; Vazeille, I, n. 134; Pezzani, n. 314 s.; Fuzier-Herman, art. 154, n. 82 s. — Caen, 12 déc. 1812, S., 13. 2. 157, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 180. — Poitiers (ou Rennes), 2 mars 1825, S. chr., VIII. 2. 44, D., 25. 2. 166. — Paris, 10 mars 1825, S. chr., VIII. 2. 48, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 177. — Amiens, 18 janv. 1840, S., 41. 2. 549, D., 41. 2. 241. — Cpr. Planiol, I, n. 778. — *Contra* : Zachariæ, éd. Massé et Vergé, I, § 128, n. 24. — Bruxelles, 9 janv. 1824, S., 25. 2. 376, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 180.

passions? On prétendait, en conséquence, qu'il convenait, pour le rendre à lui-même et lui donner le moyen de se ressaisir, de le soustraire par force aux mauvaises influences de cet entourage et de le contraindre à rester dans un lieu où il pût entendre la voix de la raison.

Si saisissantes que fussent ces considérations, et si favorables que fussent, de leur côté, les faits à l'occasion desquels on s'en prévalait, elles n'auraient pas dû, à notre avis, faire oublier le principe certain qui vient d'être rappelé. Au fond, la théorie qui les invoquait, tout en reconnaissant avec nous que l'enfant ne devait pas nécessairement être présent lors de la notification de l'acte respectueux, voulait lui imposer cette présence toutes les fois qu'elle pouvait être de quelque utilité : or c'est ce qui, selon nous, était inadmissible, étant donné que, de son propre aveu, cette présence, à tort ou à raison, n'était pas requise par la loi. C'était d'ailleurs aggraver les exigences de celle-ci, qu'obliger l'enfant à un séjour d'une durée plus ou moins longue en un lieu choisi par le juge, alors justement que tout majeur peut librement fixer son domicile et sa résidence où il le trouve bon. Cette liberté, que le futur époux possède comme tout le monde, seul un texte formel eût été susceptible de la limiter, et ce texte n'existait pas.

Il n'existe pas davantage aujourd'hui, et, moins encore qu'avant 1907, on peut admettre que le juge ait le droit d'assigner une résidence au futur époux jusqu'au jour où le mariage pourra être célébré. Ce droit doit lui être refusé *a fortiori*, car, aujourd'hui, la notification qui a remplacé l'acte respectueux n'a nullement pour objet de demander un conseil au père ou à la mère, et, par suite, il n'y a pas lieu de prendre des précautions pour que, quand ce conseil arrivera, le futur époux puisse le recevoir tel quel. Il se peut, certes, que sa liberté lui soit fatale. Peut-être aussi n'est-elle qu'apparente et cache-t-elle au fond une domination étrangère dont sa volonté est impuissante à s'affranchir. Mais tout ce qu'on peut concéder à cet égard, c'est que la notification serait, comme toute autre manifestation de volonté, susceptible d'être annulée, s'il était établi en fait que le futur époux n'a vérita-

blement pas joui de son indépendance. Aussi bien le juge, saisi de la difficulté, pourrait-il essayer d'éclairer sur ce point sa religion par des mesures d'instruction appropriées, telles qu'une comparution des parties. Il n'y en a pas moins très loin de la comparution même qu'il pourrait ordonner à la faculté qu'on prétendait lui reconnaître, avant la loi de 1907, et qu'on pourrait vouloir encore lui attribuer, depuis cette loi. Aussi n'hésitons-nous pas à la lui dénier (1).

IV. *Des causes de nullité de la notification.*

1526. La loi, qui n'indiquait pas de cause de nullité dans l'accomplissement des conditions intrinsèques ou extrinsèques auxquelles étaient assujettis les actes respectueux, n'en indique pas davantage dans l'accomplissement de celles auxquelles est assujettie la notification qui les a remplacés. Personne n'en voudrait conclure que cette notification, si informe qu'elle soit, ne puisse jamais être annulée. Il faut seulement faire application à notre matière de la théorie des nullités virtuelles. En d'autres termes, la notification, comme autrefois les actes respectueux, peut et doit être déclarée nulle toutes les fois qu'il y a absence d'une formalité substantielle, c'est-à-dire d'une condition dont le défaut empêche la notification de remplir le but que la loi veut atteindre (2). En revanche, elle ne saurait être déclarée nulle, si la formalité omise n'est pas substantielle.

1527. Avant la loi de 1907, on devait considérer comme

(1) En ce sens, avant la loi de 1907, cf. Merlin, *Quest.*, v° *Acte respect.*, § 3, quest. 13 s.; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 88 et 89, n. 38; Laurent, II, n. 333; Huc, II, n. 44 et 47; Vazeille, I, n. 139; Fuzier-Herman, art. 154, n. 54 s., 92 s. — Civ. cass., 21 mars 1809, S., 9. 1. 99, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 166. — Agen, 1er fév. 1817, S. chr., V. 2. 234, D., *Rép., loc. cit.*, n. 175. — Paris, 16 sept. 1847, S., 47. 2. 527. — Civ. cass., 8 déc. 1856, S., 57. 1. 89, D., 56. 1. 434. — Amiens, 8 juin 1869, S., 70. 2. 100, D., 71. 2. 27. — *Contra :* Coffinières, *Encycl. jur.*, v° *Acte respect.*, n. 40. — Montpellier, 31 déc. 1821, S., 22. 2. 247, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 165. — Aix, 6 janv. 1824, S., 25. 2. 326, D., *loc. cit.* — Paris, 29 nov. 1836, D., 37. 2. 184. — Cpr. Demolombe, III, n. 73 et 74. — Paris, 26 sept. 1878, S., 78. 2. 325, D., 79. 2. 132.

(2) Cpr. Merlin, *loc. cit.*, § 3, pr.; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 89, n. 39; Demolombe, III, n. 83; Laurent, II, n. 334.

n'ayant pas le caractère substantiel, dans les actes respectueux :

1° La mention de l'âge de la personne avec qui l'enfant veut contracter mariage, alors du moins que l'identité de cette personne n'est pas en doute (1);

2° La mention du lieu dans lequel les futurs époux se proposent de célébrer leur mariage (2).

Il en doit être de même, croyons-nous, depuis la loi de 1907, dans la notification qui a remplacé les actes respectueux.

La chose ne saurait faire doute pour l'âge de la personne avec qui le futur époux veut contracter mariage, car l'art. 154 C. civil, nouveau texte, qui énumère les énonciations que doit contenir la notification, n'y fait pas figurer celle-là. Quant à la mention du lieu où les futurs époux se proposent de célébrer leur mariage, elle est bien exigée par le nouvel art. 154, mais elle ne l'est pas à peine de nullité, et, d'autre part, le fait qu'elle est exigée ne suffit pas à lui donner le caractère substantiel, qu'en raison elle ne paraît pas devoir avoir.

1527 ***bis***. On doit considérer, au contraire, comme ayant le caractère substantiel :

1° La notification par un notaire. La compétence de l'officier public désigné par la loi est effectivement une des conditions constitutives de la solennité de l'acte, et d'autre part son remplacement par un huissier ferait dégénérer un acte de déférence et de respect en un acte d'hostilité. A proprement parler d'ailleurs, la notification serait en ce cas plutôt inexistante que nulle (3).

2° Les formalités requises à peine de nullité par la loi du 25 ventôse an XI (art. 68) pour les actes notariés, puisque telle est la nature de notre acte (4);

(1) Paris, 6 déc. 1899, S., 1901. 2. 140, D., 1900. 2. 328.

(2) Trib. Versailles, 14 juin 1902, D., 1904. 2. 377, note de M. Bouvier.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, II, n. 335; Huc, II, n. 49.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Laurent, *loc. cit.*; Huc, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 154, n. 3 s., n. 25 s., n. 77. — Angers, 20 janv. 1809, S. chr., III. 2. 9, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 158. — Lyon, 23 déc. 1831, S., 32. 2. 207, D., 32. 2. 42. — Rouen, 13 mai 1839, S., 39. 2. 346, D., 39. 2. 166.

3° La remise d'une copie séparée à chacun des père et mère à qui la notification doit être faite (1);

4° La rédaction de la notification en termes respectueux (2);

5° La mention que la notification est faite pour obtenir le consentement de celui à qui elle est faite, et qu'à défaut il sera ou pourra être passé outre à la célébration du mariage, après un délai de trente jours francs (3).

Il fallait ajouter, avant la loi de 1907, quand il s'agissait d'actes respectueux :

6° La mention de la réponse des ascendants dans le procès-verbal de notification (4), mais non point la mention ayant pour objet de constater que cette réponse avait été communiquée à l'enfant, à supposer que cette dernière fût nécessaire (5);

7° Antérieurement à la loi de 1896, le renouvellement de l'acte respectueux, quand la loi l'exigeait, et l'observation des délais prescrits à cet égard (6).

1528. Mais la notification ne serait-elle pas nulle encore, si elle avait été faite à une époque où, pour une cause quelconque, le mariage n'était pas légalement possible?

Une question identique se posait, avant la loi de 1907, pour les actes respectueux, et il y a lieu de s'inspirer de la solution qu'on lui donnait, pour résoudre celle qui se pose aujourd'hui. Il est vrai qu'elle avait été peu étudiée par les auteurs, malgré son importance.

MM. Aubry et Rau (7) se bornent à affirmer, sans autre justification, que « le conseil ne peut être demandé d'une manière utile, que lorsque les futurs époux ont, l'un et l'au-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Laurent, II, n. 336; Huc, *loc. cit.* — Douai, 25 janv. 1815, S., 16. 2. 114, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 171.

(2) Laurent, II, n. 337 et 338; Huc, *loc. cit.*

(3) Campistron, *op. cit.*, n. 14.

(4) *Contra :* Surville, I, p. 90, note 2. — Paris, 31 mai 1905, S., 1906. 2. 16, D., 1905. 2. 373 et note C. C.

(5) Fuzier-Herman, art. 154, n. 49; Pezzani, n. 351. — Paris, 10 déc. 1872, S., 72. 2. 295.

(6) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 89; Demolombe, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 152, n. 2 s.

(7) V, § 463, p. 85, n. 19. — Montpellier, 12 avril 1869, S., 69. 2. 202, D., 70. 2. 61.

tre, accompli l'âge requis pour procéder immédiatement à la célébration du mariage ». Mais la difficulté se pose toute pareille à l'égard des autres conditions de validité de celui-ci.

M. Huc (1) la résolvait, en ce qui concernait les actes respectueux, par une distinction que l'on pourrait songer à appliquer aujourd'hui à la notification elle-même. La notification ne pourrait pas utilement se produire, quand il s'agirait d'un empêchement dirimant au mariage, fût-il susceptible de disparaître par la suite, ou même d'un empêchement prohibitif reposant sur une défense permanente du mariage entre certaines personnes (art. 295 et ancien art. 298) (2); elle le pourrait, au contraire, s'il ne s'agissait que d'un empêchement prohibitif ayant « plutôt pour but de différer le mariage que de le défendre », puisqu'il peut être alors « valablement envisagé et préparé durant même l'existence de l'empêchement prohibitif ». Ainsi serait valable la notifition faite à la requête d'un militaire non encore autorisé par ses chefs ou d'une veuve avant l'expiration du délai de viduité (3).

Cette distinction, malgré les apparences, n'est point, à notre sens, rationnelle. A s'en tenir à ses termes, est-ce que, lorsque l'un des futurs époux n'a pas encore atteint l'âge requis pour le mariage, on ne pourrait pas dire ce que dit M. Huc de certains empêchements prohibitifs, que le mariage est plutôt « différé » que « défendu »? Peut-être n'y a-t-il que quelques jours à attendre pour que cet âge soit accompli, tandis que de longs mois devront peut-être s'écouler avant que la femme puisse convoler en secondes noces : comment alors admettre en ce dernier cas ce qui n'est pas possible dans l'autre? La vérité, à nos yeux, est que, comme dans les deux le mariage n'est pas légalement susceptible d'être célébré, les futurs époux n'ont pas encore la faculté de faire une notification qui ne leur sera utile que plus tard. On l'observera, la notification qui a remplacé les actes respectueux a

(1) II, n. 46.

(2) Cpr. Montpellier, 12 avril 1869, précité.

(3) Cpr. Paris, 18 janv. 1873, S., 73. 2. 144, D., 73. 2. 40. — Cf. Fuzier-Herman, art. 151, n. 3; art. 154, n. 91.

pour objet, comme ces actes eux-mêmes, non pas seulement de remplir un devoir de déférence vis-à-vis des père et mère, mais d'obliger les futurs époux à la réflexion pendant tout le temps qu'est retardé le mariage. Or ce dernier objet ne serait pas rempli si, précisément pour se soustraire à ces retards et pour hâter leur union, il leur était loisible de faire leur notification par anticipation et à une époque telle que, si le consentement de leurs parents leur était accordé, ils ne pourraient cependant pas aussitôt s'en servir. C'est donc que cette notification serait aux yeux de la loi prématurée, et nulle à ce titre. Parmi les formalités qui précèdent le mariage, celle-là ne peut pas être accomplie tant qu'un obstacle légal s'oppose à sa célébration.

1529. Mais il ne faut pas appliquer à faux ce principe : il ne s'oppose pas en effet à ce que plusieurs formalités, à l'accomplissement desquelles est subordonnée cette célébration, soient remplies simultanément; et c'est ce que n'a pas assez observé M. Huc. Qu'un militaire, par exemple, fasse faire la notification exigée pendant qu'il est en instance auprès de l'autorité compétente pour obtenir l'autorisation nécessaire ou même avant de l'avoir sollicitée, il n'y a rien là de contraire au vœu de la loi, car il se préoccupe de réunir tous les consentements indispensables à son mariage ou d'y suppléer, et la loi ne lui trace aucun ordre à suivre à cet égard. Son cas ne saurait être nullement comparé à celui d'une femme veuve ou divorcée, qui, peut-être au lendemain de la dissolution de sa première union, songerait, en en notifiant le projet, à en préparer une nouvelle, qui pour l'instant lui est formellement interdite : l'un commence déjà à obéir à la loi, tandis que l'autre semble ne pas vouloir déférer à ses prescriptions.

1530. Par application du droit commun, on doit enfin déclarer nulle la notification qui n'est pas l'expression de la volonté libre du futur époux à la requête duquel elle est faite. Mais ce défaut de liberté ne saurait être présumé, quelles que soient les circonstances, et doit être nettement établi (1). C'est dans cette mesure qu'il est permis de donner

(1) Laurent, II, n. 339; Huc, II, n. 47; Fuzier-Herman, art. 154, n. 92 s.

satisfaction aux préoccupations d'une doctrine qui a déjà été repoussée (1).

1531. Il n'est pas nécessaire que les père et mère qui veulent arguer des causes de nullité dont il vient d'être parlé procèdent par la voie d'une opposition, et en faisant valoir leurs moyens sur la demande en mainlevée de cette opposition (2). Qu'ils puissent suivre cette voie le plus souvent, et qu'elle soit communément pour eux la plus simple et la plus commode, ce n'est pas niable. Mais il convient d'ajouter en outre, d'une part, qu'elle ne leur est pas toujours ouverte, et, d'autre part, qu'elle n'est pas pour eux obligatoire. Ces deux propositions nous paraissent à l'abri de toute discussion.

La mère, en effet, quoiqu'il faille lui faire la notification, ne jouit pas du droit d'opposition, lorsque le père, vivant, est en état de consentir au mariage (art. 173). Or peut-on douter qu'elle puisse personnellement arguer de nullité une notification qui devait lui être faite à elle-même et qui l'a été au mépris des prescriptions légales? Et comment arriverait-elle mieux à ses fins qu'en saisissant directement les tribunaux de sa demande en annulation, pour que, celle-ci une fois prononcée, il soit ordonné à l'officier de l'état civil de surseoir au mariage, alors qu'il ne l'aurait peut-être pas fait s'il avait été avisé officieusement? C'est donc que les père et mère peuvent par tous les moyens légaux, et non pas nécessairement par une opposition, faire tomber la notification qui contrevient à la loi.

1532. La notification n'étant pas d'ailleurs, à proprement parler, un acte de procédure, il en résulte que sa nullité peut être demandée ou opposée en tout état de cause, nonobstant l'art. 173 C. pr., et même pour la première fois en instance d'appel (3).

1533. Il va sans dire que l'annulation de la notification,

(1) Cf. *supra*, n. 1525.

(2) *Contra*, pour la nullité des actes respectueux avant 1907, Huc, II, n. 50. — Paris, 27 nov. 1876, S., 77. 2. 111, D., 77. 2. 156.

(3) Cpr. Fuzier-Herman, art. 154, n. 103 s.; Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Acte respect.*, n. 57. — Besançon, 19 fév. 1861, S., 61. 2. 382, D., 61. 2. 90. — Paris, 27 nov. 1876, précité.

la destituant de tous ses effets, fait obstacle, jusqu'à ce qu'elle ait été refaite régulièrement, à la célébration du mariage [1]. Mais on verra aussi que, si celui-ci était célébré malgré tout, il ne serait pas susceptible d'être de ce chef annulé lui-même, l'unique sanction de la formalité de la notification consistant dans la responsabilité pénale de l'officier de l'état civil.

SECTION IV

CONDITIONS RELATIVES AUX LIENS DE PARENTÉ OU D'ALLIANCE EXISTANT ENTRE LES FUTURS ÉPOUX

1534. De très hautes raisons de morale et de physiologie s'opposent au mariage des plus proches parents ou alliés. D'une part il est de toute nécessité, pour maintenir de bonnes mœurs dans la famille, de prévenir, entre personnes appelées à vivre sous le même toit, la naissance de relations irrégulières que l'existence en commun rendrait trop faciles, en leur enlevant tout espoir de leur assurer jamais le bénéfice de la légitimité. Il est des unions d'ailleurs qui blesseraient toutes les consciences et bouleverseraient tous les rapports naturels qu'établissent les liens du sang. A cet égard l'étendue de la prohibition légale dépend de la constitution familiale elle-même, du nombre de ceux qui sont groupés sous l'autorité d'un même individu, en même temps que du développement moral de la société. D'autre part, il n'importe guère moins, dans l'intérêt de l'espèce et de la race, d'empêcher ces unions entre proches qui en amènent la dégénérescence et l'épuisement par la transmission héréditaire des mêmes tares, et de favoriser au contraire le mélange du sang, qui les vivifie et les rajeunit. Et, sous ce second rapport, l'interdiction peut et doit être plus sévère encore que ne l'exigerait une morale rigoureuse, quoiqu'on se soit beaucoup plus préoccupé de tout temps de sanctionner les prescriptions de celle-ci [2].

[1] Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 89, n. 40; Laurent, II, n. 340; Huc, II, n. 50.

[2] Planiol, I, n. 721. — Sur une autre raison d'ordre politique, cf. Vigié, *Cours élémentaire de droit civil français*, I, n. 326.

1535. A Rome, le mariage fut prohibé entre parents ou alliés en ligne directe *in infinitum,* et en ligne collatérale, aussi bien dans l'ancien droit qu'à l'époque de Justinien, entre frère et sœur, oncle et nièce, tante et neveu, les oncles ou tantes ayant été mis *loco parentium,* à raison de l'affection et de l'autorité morale qu'ils doivent avoir au regard des descendants de leurs sœurs ou de leurs frères. Mais cette interdiction ancienne, tempérée, du règne de Claude à celui des fils de Constantin, par la faculté reconnue à l'oncle paternel d'épouser la fille de son frère (1), s'aggrava, d'un autre côté, de deux défenses, l'une faite par les premiers empereurs chrétiens et levée en l'an 405, des unions entre cousins germains, et l'autre, prononcée par Constance et maintenue par Justinien lui-même, des mariages entre beaux-frères et belles-sœurs. Encore faut-il ajouter que ces empêchements furent appliqués et interprétés avec rigueur, suivant ce principe de haute morale qu'en pareille matière il fallait beaucoup plus considérer ce qui était honnête que ce qui était strictement conforme à la logique (2). Et c'est pourquoi on les considéra comme indépendants du lien de l'agnation, et comme assez forts pour faire obstacle aux *justæ nuptiæ* de personnes dont la parenté ne dérivait qu'*ex concubinatu* ou *ex matrimonio injusto,* ou même de parents dont l'un était *vulgo conceptus.*

Cette sévérité ne suffit pourtant pas au droit canon (3). Les barbares s'étaient soumis aux défenses romaines. Par une fausse interprétation d'un passage du Lévitique (4), peut-être aussi, comme on l'a dit, par une pensée très élevée, celle d'amener la fusion des races diverses que l'invasion de l'Em-

(1) Gaius, I, 62. — Le sénatusconsulte qui reconnut cette faculté fut rendu pour permettre à Claude d'épouser sa nièce Agrippine. Il fut abrogé en l'année 342 (L. 1, C. Th., *De incestis nuptiis,* III, 12). — Cf. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain,* 4e éd., p. 157.

(2) L. 197, D., *De reg. jur.,* L. 17. — Cf. *supra,* Introd. hist., n. 1348.

(3) Cf. *supra,* Introd. hist., n. 1378 s.; Pothier, *op. cit.,* n. 137 s.; Esmein, *op. cit.,* I, p. 335 s.; II, n. 258 s.

(4) XVIII, 6. — De fait, le Lévitique, après avoir posé le principe général de l'interdiction des rapports sexuels entre un homme et une femme de son sang, indique un certain nombre d'applications de ce principe, qui sont peut-être limitatives (XVIII, 7-18). Sur l'empêchement au mariage résultant de la consanguinité, cf. saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique,* supplément à la 3e partie, quest. 54.

pire avait mises en présence, le concile de Tolède, en l'an 531, prohiba absolument dans le royaume des Goths, comme défendus par la loi divine elle-même, les mariages entre parents à quelque degré que ce fût, tandis que les autres assemblées tenues au VIe siècle et jusqu'à la fin du VIIe, dans les royaumes francs et bourguignons, limitaient cette défense au degré de cousins issus de germains, inclusivement. Mais, à partir de cette dernière époque, elle fut étendue jusqu'au quatrième degré de la computation canonique, et, par un capitulaire de 798, Charlemagne confirma expressément cette discipline. Un nouveau concile, tenu à Douzy en 874, vint en accroître la rigueur : les mariages ne furent plus permis qu'au delà du septième degré. C'était une exagération, et qui n'était pas exempte de graves inconvénients : de fréquentes demandes en cassation de mariage se produisirent sous prétexte de quelque parenté éloignée. Aussi, en 1215, le concile de Latran borna-t-il définitivement l'interdiction au quatrième degré. C'est cette règle, encore très dure, puisque le quatrième degré du droit canon pouvait équivaloir en ligne collatérale au huitième du droit civil, qui fut observée dès lors dans toute l'Eglise latine (1), et dans notre ancienne jurisprudence jusqu'à la Révolution (2).

A tous les points de vue elle n'était plus en harmonie avec les circonstances nouvelles, spécialement avec la constitution de la famille, dont le cercle se rétrécissait de plus en plus, lorsque la loi du 20 septembre 1792, par une réaction peut-être outrée, vint rendre le mariage possible à tous autres qu'aux parents et alliés en ligne directe ou qu'aux frères et sœurs en ligne collatérale. Cette législation extrêmement libérale trouva des défenseurs parmi les rédacteurs du code civil; mais ils la firent néanmoins plus sévère par la prohibition du mariage entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, le beau-frère et la belle-sœur, tout en permettant d'accorder la dispense des deux premiers empêchements. Il ne nous paraît pas défendu de regretter, au point de vue physiologique tout au moins, qu'on ne soit pas allé plus loin en 1804.

(1) Elle est toujours en vigueur pour le mariage religieux.
(2) Planiol, I, n. 723.

1536. « *En ligne directe,* dit l'art. 161, *le mariage est pro-* » *hibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou* » *naturels, et les alliés dans la même ligne.* » Après Pothier, qui écrivait (1) déjà de cet empêchement : « la loi naturelle l'a formé, et tous les peuples se sont accordés à regarder comme incestueuse et abominable l'union charnelle des parents de cette ligne », Portalis (2) constatait qu'elle « bouleverserait entre eux tous les droits et tous les devoirs, et ferait horreur ». La nécessité, quoi qu'on ait dit, n'apparaît pas de lui trouver une autre justification (3).

Ainsi l'empêchement s'étend indistinctement à tous les parents ou alliés en ligne directe, que la parenté ou alliance soit légitime ou naturelle (4), fût-elle même adultérine ou incestueuse. Par application de cette règle, un homme ne peut pas épouser sa fille naturelle, ni même la fille naturelle de son fils, quoiqu'elle ne soit cependant pas sa petite-fille naturelle, puisque la filiation illégitime ne crée pas de lien de parenté entre l'enfant et les ascendants de son auteur. Mais tout le monde s'accorde à reconnaître que le législateur a entendu déroger ici à ce principe, quoique — l'observation doit être faite — cette dérogation ne résulte pas formellement de la disposition analysée. Ainsi encore il est interdit à un veuf d'épouser une ascendante de sa femme ou une fille d'un autre lit de celle-ci, soit légitime, soit naturelle, de même qu'on ne peut s'unir à la seconde femme de son père ou à la veuve de son fils naturel.

1537. « *En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre* » *le frère et la sœur légitimes ou naturels, et les alliés au* » *même degré* » (art. **162**). Tous les motifs sur lesquels reposent les empêchements de cette nature rendaient celui-là

(1) *Op. cit.*, n. 132.

(2) *Exp. des motifs,* Locré, *Lég.*, IV, p. 491, n. 20.

(3) Cf. la curieuse, mais peu démonstrative explication qu'a donnée sur ce point M. Huc, II, n. 59.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Affinité,* n. 1 ; Aubry et Rau, V, § 461, p. 56 et 57, n. 10 ; Demolombe, III, n. 106 ; Demante, I, n. 217 *bis*, I ; Duranton, II, n. 155 ; Laurent, II, n. 354 ; Huc, II, n. 59 ; Planiol, I, n. 725 ; Surville, I, n. 153 ; Vazeille, I, n. 107 ; Pezzani, n. 446 s. ; Fuzier-Herman, art. 161, n. 1. — Paris, 18 mars 1850, S., 50. 2. 593, D., 51. 2. 30.

particulièrement nécessaire. Aussi est-il absolu, et s'étend-il à tous les frères et sœurs, germains, consanguins ou utérins, même simplement naturels, quoiqu'il n'y ait pas à proprement parler de lien de parenté entre les différents descendants naturels d'un même individu. Et cette remarque prouve, encore mieux que la précédente, que la loi n'hésite pas à dépasser le cercle de la parenté véritable, sous l'empire de considérations d'intérêt supérieur.

Ce sont les mêmes qui ont fait interdire également le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs, surtout, remarqua-t-on lors de la confection de la loi (1), à une époque où l'existence du divorce aurait pu susciter entre les alliés à ce degré des espérances fatales au repos des familles (2). Il semble d'ailleurs certain que l'alliance peut être encore ici simplement naturelle, et que le mariage est prohibé entre l'un des anciens conjoints et le frère ou la sœur naturels de l'autre, car les expressions « légitimes ou naturels » de l'art. 162 doivent s'appliquer aussi bien aux alliés qu'aux parents en ligne collatérale, exactement comme on les entend au reste, dans l'art. 161, pour la ligne directe (3).

1538. « *Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la* » *nièce, la tante et le neveu* » (art. 163). Naturellement appelés à remplir auprès de leurs neveux et nièces l'office des père et mère après le décès de ceux-ci, et étant *loco parentium*, suivant les justes expressions de la loi romaine, il était enfin rationnel, sans même parler des considérations physiologiques, de poser en principe l'interdiction du mariage entre les oncles ou tantes, d'une part, et les personnes sur lesquelles ils pouvaient exercer une certaine autorité, d'autre part. Aussi a-t-elle été formellement prononcée par la loi, dans le

(1) *Disc. au C. d'Etat*, Locré, *Lég.*, IV, p. 334, n. 33. — La Chambre des députés avait adopté, le 30 mai 1907, une proposition de loi qui supprimait cette interdiction, du moins quand la précédente union s'était dissoute par la mort. Mais le Sénat l'a repoussée le 21 janvier 1908.

(2) Le mariage entre beau-frère et belle-sœur est interdit en cas de divorce, aussi bien qu'en cas de prédécès du conjoint qui produisait l'affinité. Paris, 18 mars 1897, S., 1900. 2. 131.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 57, n. 11; Huc, II, n. 60; Planiol, I, n. 726-1°; Beudant, I, n. 230.

cas du moins où ces personnes sont unies à ce degré par un lien de parenté légitime.

1539. Mais la loi a gardé le silence en ce qui concerne, soit les alliés au degré d'oncle et de nièce, de tante et de neveu, soit les personnes entre lesquelles existerait au même degré un lien de parenté naturelle, si l'on en reconnaissait un dans cet ordre. Et de ce silence même on doit conclure qu'aucun empêchement légal ne s'oppose à leur union, conformément à ce principe certain qu'une prohibition de cette nature ne saurait résulter que d'un texte formel (1). Cette déduction est d'autant moins contestable qu'on ne retrouve dans l'art. 163 rien de semblable aux précisions contenues dans les deux dispositions précédentes : « légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne » ou « au même degré ». On comprend du reste que les relations qu'établit entre les futurs époux l'alliance à ce degré ou une parenté qui n'est même pas consacrée par la loi, ne lui aient point paru assez étroites pour qu'elles dussent élever un obstacle à leur union.

1540. La prohibition de l'art. 163 doit-elle être étendue au mariage du grand-oncle et de sa petite-nièce, de la grand' tante et de son petit-neveu? Cette question avait été tranchée dans le sens de la négative par un avis du conseil d'Etat du 23 avril 1808 (2), mais qui resta dépourvu de toute force obligatoire pour n'avoir pas été revêtu de l'approbation de l'empereur. Bien mieux, substituant sa volonté personnelle à l'acte interprétatif de l'assemblée, celui-ci rendit le 7 mai suivant une décision toute contraire (3), mais qui n'a pas plus d'autorité légale, non seulement parce que, ainsi qu'on le répète partout, elle n'a été, ni rendue dans la forme ordinaire des décrets, ni signée par l'empereur et par son minis-

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Empêch. de mar.*, § 4, art. 1, n. 3; Aubry et Rau, V, § 461, p. 56, n. 8, et p. 57, n. 11; Demolombe, III, n. 106 et 111; Demante, I, n. 220; Toullier, I, n. 538; Duranton, II, n. 171 et 172; Marcadé, I, sur l'art. 163, n. 552; Laurent, II, n. 356; Huc, II, n. 63; Planiol, I, n. 726-2°; Surville, I, n. 154; Beudant, I, n. 232; Vazeilles, I, n. 113; Allemand, I, n. 68; Fuzier-Herman, art. 163, n. 1 s. — Req. rej., 10 nov. 1858, S., 59. 1. 69, D., 59. 1. 466. — *Contra :* Loiseau, *Des enfants nat.*, p. 582.

(2) Locré, *Lég.*, IV, p. 620.

(3) *Bull. des Lois*, IV, B, 191, n. 3308, et Locré, *loc. cit.*

tre (1), mais peut-être plus encore parce que la constitution de l'an VIII ne conférait nullement au chef de l'Etat le pouvoir d'interpréter les lois à lui tout seul.

Ces deux documents devant être l'un et l'autre rejetés du débat, il nous paraît que le mieux est de s'en tenir aux principes, qui repoussent toute interprétation extensive des dispositions édictant des incapacités comme celle de l'art. 163. Or c'est étendre bien certainement ce texte en dehors de ses termes précis que de l'appliquer, comme on le propose, au mariage d'un grand-oncle et de sa petite-nièce, qui sont à un degré de parenté plus éloigné que la nièce et l'oncle dont l'union est formellement prohibée; et c'est écarter l'objection plutôt qu'y répondre que de voir dans les expressions de notre article une « dénomination générique ». Rien non plus, dans les travaux préparatoires (2), ne permet de supposer que les rédacteurs du Code civil aient entendu implicitement consacrer l'opinion de Pothier (3), qui reproduisait l'interdiction du droit romain (4). Et dès lors ce n'est pas simplement au nom de l'esprit de la loi, ni d'une logique à laquelle elle a pu manquer en définitive, qu'il peut être permis de restreindre en deçà des limites qu'elle-même a nettement marquées la liberté des personnes (5).

1541. Les empêchements au mariage des parents au degré d'oncle et de nièce et des alliés au degré de frères et de sœurs, sont d'ailleurs, à la différence de tous les autres, susceptibles d'être levés au moyen de dispenses. Le Code civil s'était montré moins libéral en n'admettant ces dispenses que pour

(1) Cf. Const. du 22 frim. an VIII, art. 55; Règl. du 5 niv. an VIII, art. 11.

(2) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 331, s., n. 33.

(3) *Op. cit.*, n. 148.

(4) Justinien, § 3 et 5, *Instit., De nuptiis*, I, 10.

(5) Aubry et Rau, V, § 464, p. 98 s., n. 26 s.; Laurent, II, n. 357; Huc, II, n. 63; Beudant, I, n. 230; Fuzier-Herman, art. 163, n. 3 s. — Nîmes, 13 août 1872. S., 72. 2. 145, D., 72. 2. 169. — *Contra :* Circ. min. du 11 nov. 1875; Merlin, *Rép.*, v° *Empêch. de mar.*, § 4, art. 1, n. 2; Demolombe, III, n. 105; Toullier, I, n. 538, note 1; Duranton, II, n. 168; Proudhon et Valette, I, p. 401; Delvincourt, I, p. 67, note 3; Taulier, I, p. 281; Marcadé, I, art. 163, n. 553; Demante, I, n. 220, note 1; du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 263; Surville, I, n. 153; Allemand, I, n. 64; Rieff, *Des actes de l'etat civil*, n. 199. — Req. rej., 28 nov. 1877, S., 78. 1. 337, note de M. L. Renault, D., 78. 1. 209, note. — Cpr. Planiol, I, n. 726-3°.

les premiers : s'il était allé sous ce rapport au delà des décisions de l'ancien droit, qui n'autorisait en aucun cas le mariage du neveu avec sa tante, il était resté, d'autre part, en deçà, en ne permettant pas de lever l'empêchement au mariage des beaux-frères et belles-sœurs (1). On ne voulait pas que le divorce, alors admis, pût servir à dissoudre l'union qui avait produit l'affinité, et qu'une dispense, obtenue ensuite, vînt donner pleine satisfaction à des calculs criminels (2).

L'abolition du divorce devait donc faciliter la modification de l'art. 164 : celle-ci a été réalisée par la loi du 16 avril 1832, et elle a été respectée lorsque le divorce a été rétabli : « *Néanmoins, il est loisible au Roi de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées par l'art. 162 aux mariages entre beaux-frères et belles-sœurs, et par l'art. 163, aux mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu.* » On comprend en effet que ces unions, défendues en principe, puissent être autorisées lorsque des circonstances particulières les justifient ou même les rendent désirables : c'est au chef de l'Etat à n'user qu'avec discrétion du pouvoir dont il est investi et à ne considérer comme graves que les motifs qui rendent la dispense réellement légitime (3).

A cet égard la chancellerie avait tracé, à l'usage des fonctionnaires chargés d'intervenir dans la procédure d'obtention des dispenses, des règles empreintes d'une très grande sagesse, mais qui d'ailleurs ne liaient pas le pouvoir souverain qui les octroyait : tel avait été l'objet des deux circulaires du 10 mai 1824 et du 28 avril 1832 (4). « Trop souvent jusqu'à ce jour, était-il dit dans la dernière, on a cru pouvoir invoquer comme un titre l'existence antérieure d'un commerce scandaleux; la faveur accordée à de pareils motifs serait un encouragement donné à la corruption des mœurs...

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 267 s.

(2) Cambacérès, *Disc. au C. d'Etat*, Locré, *Lég.*, IV, p. 334, n. 33.

(3) Cpr. Demolombe, III, n. 118. — En 1901, il a été délivré 150 dispenses pour cause de parenté et 1287 pour cause d'alliance. Planiol, I, n. 730.

(4) S., 29. 2. 285, et S., 32. 2. 219. — Cf. aussi circ. minist. des 22 oct. 1848 et 11 nov. 1875; Béquet, *op. cit.*, n. 670 s.; Mersier, *op. cit.*, n. 188. — La circulaire du 11 nov. 1875 est formellement rapportée par celle du 18 nov. 1904.

Les circonstances qui méritent d'être prises en considération sont surtout celles qui doivent rendre les mariages profitables aux familles... Il faut placer en première ligne l'intérêt des enfants qui retrouveraient dans un oncle la protection d'un père, dans une tante les soins d'une mère; il convient aussi de faciliter le mariage qui aurait pour résultat de conserver un établissement ou une exploitation, dont la ruine blesserait des intérêts importants à ménager. Enfin, l'union qui devrait procurer à l'un des époux un état ou des moyens d'existence; celle qui tendrait à prévenir ou à terminer un procès, à empêcher un partage nuisible, à faciliter des arrangements de famille, se présenteraient avec des motifs de nature à leur concilier l'approbation de l'autorité... » (1).

Or, une circulaire, très critiquable, du 18 novembre 1904 a envisagé la question d'une manière absolument opposée et exprimé le désir, semble-t-il assez contraire à la loi, que l'octroi des dispenses devînt la règle et le rejet l'exception. Deux questions seulement, y dit le ministre, devront faire l'objet de l'examen des parquets, celle de la liberté du consentement des futurs époux et celle de l'intérêt des enfants issus de la première union. Et les relations qui s'étaient établies du vivant du conjoint décédé ne doivent plus être une cause absolue de rejet de la demande de dispense d'alliance (2).

1542. Les formes selon lesquelles les dispenses doivent être demandées sont déterminées par l'arrêté du 20 prairial an XI, complété par des circulaires ultérieures. La demande, signée autant que possible par les futurs et par les personnes dont le consentement ou le conseil est requis pour le mariage, doit être notamment accompagnée des extraits légalisés des actes de naissance des réclamants ou, à défaut, des actes de notoriété délivrés conformément aux art. 70-72 du Code civil, ainsi que des extraits des actes de naissance et de mariage indispensables pour établir positivement leur degré de pa-

(1) Cpr. Pothier, *op. cit.*, n. 283 s.

(2) A. Perret-Maisonneuve, *La réglementation des dispenses, circulaire du 18 nov. 1904, Etude pratique à l'usage des magistrats du parquet et des praticiens, Lois nouvelles*, 1905. 1, p. 113.

renté ou d'alliance. Si l'un des futurs a déjà été marié, il doit justifier en outre de la dissolution de cette union. Cette demande doit être adressée au procureur de la république du lieu où le mariage doit être célébré, lequel la transmet avec son avis au procureur général. Ce magistrat la fait parvenir au ministre de la justice, sur le rapport de qui est rendue la décision du chef de l'Etat. Si elle est favorable, le décret accordant la dispense doit être, à la diligence du procureur de la république et en vertu d'une ordonnance du président, enregistré au greffe du tribunal dont ils font partie (1), et une expédition, portant mention de l'enregistrement, est annexée à l'acte de mariage.

L'obtention de la dispense est enfin assujettie au paiement des droits fixés par l'art. 55 de la loi du 28 avril 1816 (2).

1543. Les divers empêchements dont il vient d'être parlé soulèvent plusieurs difficultés générales. Premièrement, la parenté naturelle doit-elle, dans les cas où elle fait obstacle au mariage, être légalement établie, c'est-à-dire régulièrement constatée suivant les modes de preuve déterminés au titre *De la filiation?* Ou bien suffit-il qu'elle soit établie par un mode de preuve quelconque ? Vive est la controverse sur ce point. L'éventualité d'un mariage entre un père et sa fille ou entre un frère et sa sœur choque si rudement la conscience populaire qu'on est porté, de prime abord, à admettre comme suffisante toute preuve, quelle qu'en soit la nature, pourvu qu'elle soit réellement démonstrative, et à écarter ici les règles rigoureuses suivant lesquelles, de droit commun, se prouve la filiation naturelle. Une très forte partie de la doctrine et parfois aussi la jurisprudence n'ont pas su résister à cette tentation (3). Les textes, a-t-on remarqué en ce sens,

(1) Sur cet enregistrement, cf. *supra*, p. 93, note 5.

(2) Cf. Demolombe, III, n. 119; Béquet, *op. cit.*, n. 675 s.; Mersier, *op. cit.*, n. 189 s. — Les droits à payer s'élèvent à 260 francs, mais les indigents en sont exemptés. Loi du 28 avril 1816, art. 55; loi du 10 déc. 1850, et loi du 28 fév. 1872, art. 4.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Empêchements*, § 4, art. 4; Demolombe, III, n. 107 et 108; Proudhon, II, p. 178; Delvincourt, I, p. 67, note 1, et p. 93, note 6; Marcadé, I, art. 161-II, n. 548; Vazeille, I, n. 107; Allemand, I, n. 31 s. — Caen, 3 avril 1833, *Jurisp. de Caen*, II, p. 643. — Trib. Versailles, 13 janv. 1892, S., 92. 2. 92. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 161, n. 2 s.

sont plutôt favorables que contraires à cette interprétation, car les art. 161 et 162 se gardent d'ajouter aux mots « légitimes ou naturels » cette précision, « légalement reconnus », qui se retrouve dans presque toutes les dispositions où ces mots sont employés (art. 158, 331, 383 et 756) ; et cette différence de rédaction n'est-elle pas significative? Elle l'est d'autant plus, ajoute-t-on, qu'elle semble intentionnelle, car le tribunal d'appel de Lyon avait justement demandé, dans ses observations, que la prohibition fût limitée aux enfants légalement reconnus, afin de « prévenir les recherches souvent calomnieuses, et toujours scandaleuses, que la haine ou l'avidité pourrait faire d'une paternité ou d'une maternité ignorée ou supposée ». Or, en laissant au texte toute sa généralité, le législateur a montré, par là même, que, loin de partager les vues de ce tribunal, il entendait accorder une satisfaction aussi ample que possible à la décence publique et prévenir des incestes que la simple application du droit commun n'aurait pas permis d'empêcher, surtout quand il s'agit de la filiation adultérine et incestueuse, qui ne peut faire l'objet d'une reconnaissance volontaire.

Si sérieuse que soit cette argumentation, elle est loin d'être sans réplique. Quant à la proposition du tribunal d'appel de Lyon, la vérité est qu'on ignore pour quel motif il n'y a pas été donné suite. Peut-être a-t-elle passé inaperçue ; peut-être aussi a-t-on jugé superflue l'addition qu'elle réclamait, car, en définitive, cette addition revenait à dire que, pour la preuve de la parenté naturelle, on suivrait les règles du droit commun, lequel doit justement s'appliquer toutes les fois qu'il n'y est pas expressément dérogé. Or ce n'est pas du silence des art. 161 et 162 que saurait assurément ressortir cette dérogation, et nul n'aurait même songé à l'y voir, sans les scrupules si respectables auxquels on a obéi. Mais, tout en se les expliquant, il est permis de se demander si le législateur les a réellement partagés ou s'il n'a pas mis encore au-dessus, tout au contraire, d'autres considérations, prépondérantes à ses yeux. Et l'on peut comprendre qu'après avoir réglementé d'une manière extrêmement sévère la preuve de la parenté naturelle, fait les plus durs sacrifices à la crainte du scandale des

procédures en recherche de paternité ou de maternité et du trouble qu'elles jetteraient dans les familles, il se soit décidé à fermer les yeux sur des unions heureusement des plus rares et dont le caractère incestueux ne pouvait pas être légalement constant, puisqu'on n'arrivait à les prévenir qu'en s'exposant à tous les périls qu'il avait précisément voulu conjurer. Le respect du droit commun doit donc, quoi qu'il en coûte, s'imposer à l'interprète, comme il s'est imposé à la loi. Mais c'est le méconnaître ouvertement que d'alléguer, comme on l'a fait parfois, que les règles qui le constituent sous ce rapport doivent être renfermées dans leur objet, « l'état civil et les droits de succession » : une pareille restriction, énoncée d'ailleurs en termes compromettants, en est la violation évidente. Au surplus, certains auteurs n'ont pas eu le courage de s'en écarter complètement, car les uns excluent la preuve testimoniale, d'autres ne l'admettent qu'avec la plus extrême réserve, tandis que d'autres enfin (1) considèrent comme seulement prohibitif l'empêchement résultant d'une parenté naturelle qui n'est pas légalement établie. Mais tous ces tempéraments de détail, des plus discutables par eux-mêmes, sont bien loin de donner des forces nouvelles à la thèse qui les a inspirés (2).

1544. L'alliance engendre évidemment des empêchements au mariage après la dissolution de l'union dont elle dérive : ils ne deviennent même efficaces qu'à partir de cette époque, puisque jusque-là la persistance du lien qui la produit s'oppose par lui seul au convol. Mais subsistent-ils quand il n'existe plus d'enfants issus de l'union dissoute ? La réponse dépend de la solution de cette autre question : l'alliance elle-même survit-elle en pareil cas à cette dissolution ? Or, si le droit romain la décidait négativement, au moins quant au droit de plaider en justice pour ses parents, « *adfinitates non eas accipere debemus, quae quondam fuerunt, sed praesentes* » (3), et si

(1) Rolland de Villargues, *Des enfants naturels*, n. 306.

(2) Laurent, II, n. 350; Duranton, II, n. 166; Valette sur Proudhon, II, p. 178 s.; Huc, II, n. 61; Planiol, I, n. 727; Surville, I, n. 154; Beudant, I, n. 232. — Nîmes, 3 déc. 1811, S., 12. 2. 438, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 228. — Grenoble, 14 janv. 1889, D., 90. 2. 193, note de M. Flurer.

(3) L. 3, 1, D., *De postulando*, III, 1.

Loysel (1) formulait ainsi la règle coutumière : « morte ma fille, mort mon gendre », le droit canon (2) proclamait en sens inverse : « *affinitas in superstite non deletur.* » C'est plutôt à cette dernière maxime qu'à l'autre, que se rattacha, en matière de récusation des juges, l'ordonnance de 1667 (3). Quant au code civil, s'il resserre les effets de l'alliance, lorsqu'il ne subsiste plus d'enfants du mariage, en matière d'obligation alimentaire, de reproche de témoins et de récusation (art. 206 C. civ., art. 383 et 378 C. pr.), aucune de ces dispositions ne la fait cesser expressément en cette hypothèse (4). La difficulté doit donc être résolue d'après les principes rationnels.

Mais on cherche vainement pourquoi l'affinité, qui liait l'époux survivant aux parents de son conjoint prédécédé, dépendrait dans son existence de celle des enfants issus de l'union dissoute. C'est le mariage, et non leur naissance, qui l'a fait naître elle-même : leur mort doit pareillement rester sur elle sans influence, car qu'importe au point de vue des personnes que cette relation unit directement? Alliées elles restent après comme avant, le mariage, quoique dissous, n'en continuant pas moins à produire tous les effets dont il est encore susceptible. Et l'on comprend d'autant mieux que l'un d'eux soit précisément l'empêchement au mariage, que la moralité d'une union contractée entre un beau-père et sa bru, un gendre et sa belle-mère, un beau-frère et une belle-sœur ne peut pas être appréciée différemment suivant qu'il existe ou non des enfants nés du mariage qui les a rapprochés. N'est-ce pas enfin dans la supposition de la permanence de l'alliance que sont conçues toutes les dispositions légales restrictives de ses conséquences? Evidemment, il eût été superflu et même contradictoire d'en amoindrir les effets sous des rapports déterminés, si, de droit commun, ces effets

(1) *Instit. cout.*, liv. I, tit. II. règ. 32. — Cf. Pothier, *Des personnes*, part. I, tit. VI, sect. IV, art. 1er, § 2.

(2) *Déc.*, part. II, C. 35, quest. 10. — Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, supplément à la troisième partie, quest. 55, art. 2.

(3) Tit. XXIV, art. 4.

(4) Cons. d'Etat, 28 déc. 1901, S., 1904. 3. 133.

n'avaient point continué à se produire dans toute leur plénitude, même après la dissolution du mariage dont il ne reste pas d'enfants (1).

Il faut conclure que l'empêchement subsiste même dans l'hypothèse envisagée. Et, s'il en est ainsi, il doit persister également lorsque l'époux survivant a contracté un nouveau mariage, avant celui qu'il projette avec un de ses alliés au degré où la loi le défend : car cette union intermédiaire n'a pas eu, plus que la dissolution de la précédente, la force de briser le lien de l'alliance (2).

1545. Encore faut-il, selon nous, pour qu'on puisse réellement parler d'alliance, qu'elle procède d'un mariage valable. Ainsi énoncée, cette proposition en contient deux autres, qui doivent être successivement justifiées.

En premier lieu l'annulation du mariage fait disparaître, avec tous ses effets civils, l'alliance elle-même, qui compte parmi eux (3). C'est à ce résultat que conduit invinciblement l'application rigoureuse des principes, car l'effet ne saurait exister sans sa cause, et elle disparaît ici rétroactivement : l'alliance « civile », comme certains l'appellent, suppose nécessairement une union légitime valable. Distinguera-t-on, comme on l'a proposé (4), suivant que cette union, lorsqu'elle est annulée, produit ou non les effets d'un mariage putatif, pour dire qu'au premier cas seulement l'alliance lui survit avec les empêchements qui en dérivent? Mais ce serait, en retournant contre l'époux de bonne foi la faveur légale, le

(1) Aubry et Rau, V, § 461, p. 56, n. 9, et I, § 67, p. 227, n. 11; Demolombe, III, n. 117; Duvergier sur Toullier, II, n. 1112, note 6; Valette sur Proudhon, II, p. 315, obs. II; Laurent, II, n. 352; Huc, II, n. 62; Planiol, I, n. 728; Fuzier-Herman, art. 161, n. 9 s. — Civ. cass., 16 juin 1834, S., 34. 1. 729, D., 34. 1. 249. — Paris, 18 mars 1850, S., 50. 2. 593, D., 51. 2. 30. — Trib. Vienne, 28 déc. 1865, S., 66. 2. 201, D., 67. 3. 45. — Req. rej., 4 nov. 1868, S., 69. 1. 18. — Dijon, 26 déc. 1888 et 30 janv. 1889, S., 89. 2. 32. — *Contra :* Delvincourt, I, p. 110, note 5; Duranton, III, n. 458, note 3.

(2) Demolombe, *loc. cit.* — Nîmes, 28 janv. 1831, S., 31. 2. 292, D., 31. 2. 131. — Civ. cass., 16 juin 1834, précité.

(3) Laurent, II, n. 353; Huc, II, n. 62. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 57, n. 12; Demante, I, n. 217 *bis*, II; Allemand, I, n. 57; Fuzier-Herman, art. 161, n. 13; Sirey, *Note*, S., 8. 2. 274.

(4) Duranton, II, n. 159; Demolombe, III, n. 112.

traiter, contre toute logique, plus durement que l'époux coupable d'avoir sciemment violé la loi! On ne pourrait donc combattre notre conclusion qu'en voyant dans le mariage nul une cause d'affinité « naturelle », produisant quant au lien les mêmes effets que l'alliance véritable, ce qui est une tout autre question, qui nous amènerait à notre seconde proposition. Si le mariage, d'ailleurs, disparaît avec toutes ses conséquences, il en résulte, quoi qu'on en ait dit, qu'il ne peut pas plus faire naître d'empêchement simplement prohibitif, au cas de mauvaise foi des conjoints, que d'empêchement dirimant au cas de bonne foi.

1546. En second lieu, le commerce libre de deux personnes ne produit, entre chacune d'elles et les parents de l'autre, ni alliance véritable, ni par suite empêchement à mariage (1). Cette solution, toutefois, est gravement contestée. D'après des autorités considérables, il naîtrait de cette union charnelle une affinité qui, quoique simplement naturelle, devrait être assimilée, au point de vue qui nous occupe, à l'alliance civile. Mais leurs arguments nous paraissent fort peu décisifs.

A la vérité, le droit romain admettait, en dépit du principe » *adfinitatis causa fit ex nuptiis* » (2), l'existence d'une alliance qui naissait en dehors même du mariage, notamment du concubinat, du *matrimonium non justum* et du *contubernium* lui-même (3). Mais, outre que ces formes d'union, inférieures, mais légalement consacrées, ne doivent pas être confondues avec le simple concubinage, on ne saurait oublier que ce droit dépassait souvent en la matière, par des motifs d'honnêteté publique, les exigences logiques de ses prescriptions,

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Empêch. de mar.*, § 4, art. 3, n. 3; Demolombe, III, n. 112; Duranton, II, n. 157 et 158; Valette sur Proudhon, I, p. 402; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 261; Laurent, II, n. 351; Huc, II, n. 62; Surville, I, n. 154 *in fine;* Vazeille, I, n. 108; Fuzier-Herman, art. 161, n. 3 s. — Nîmes, 3 déc. 1811, S., 12. 2. 438, et concl. de M. Trinquelague, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 229. — Chambéry, 7 fév. 1885, S., 86. 2. 217, note de M. Chavegrin, D., 85. 2. 241. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 58, n. 13; Demante, I, n. 217 *bis*, I; Zachariæ, éd. Massé et Vergé, I, § 126, p. 203, n. 10; Delvincourt, I, p. 66, n. 9; Marcadé, I, art. 161-III, n. 549; Pezzani, n. 457 s.; Allemand, I, n. 55; Taulier, I, p. 277 s. — Cpr. Beudant, I, n. 232.

(2) L. 4, § 3 et 8, D., *De grad. et adfin.*, XXXVIII, 10.

(3) L. 14, § 2 et 3, D., *De ritu nupt.*, XXIII, 2; L. 4, C., *De nupt.*, V, 4.

par exemple en interdisant les justes noces entre la fiancée d'un individu et le père ou le fils de celui-ci. Or, sur ce dernier point, nul doute qu'on ne puisse pas dans notre législation aller jusque-là, car il n'y a, en l'espèce, d'alliance d'aucune sorte, même simplement naturelle : c'est donc qu'on n'est pas admis à se prévaloir ici de décisions qui s'inspiraient d'un esprit dont notre code n'est nullement animé. Et l'on est autorisé à en répéter autant des prohibitions canoniques, qui étaient passées dans notre ancienne loi civile (1). Si le commerce charnel de deux personnes engendrait alors une affinité analogue à celle qui procède d'un mariage consommé, et avec elle un empêchement dirimant, restreint du reste par le Concile de Trente (2) au second degré, c'était par suite d'une altération manifeste de la notion de l'alliance, et bien plus pour prévenir des unions pleines de scandale et attentatoires à la morale que parce qu'il était né des relations antérieures une réelle affinité. La preuve en est que l'empêchement n'était effectif que « lorsque ce commerce était connu et avait éclaté dans le public » (3).

Or il est avéré que d'une façon générale le Code civil s'est montré, en matière de mariage, infiniment moins sévère que le droit canon. Il ne suffit donc pas de constater que les unions dont on parle sont contraires aux bonnes mœurs et qu'elles ont été jusqu'à lui défendues comme telles, pour qu'on puisse en conclure qu'il les a pareillement interdites. Cette déduction est d'autant moins admissible que, plus encore pour le mariage que pour tout autre contrat, les incapacités et les prohibitions sont de droit étroit. De quel texte ressort celle qu'on dit exister? Est-ce de ceux qui parlent « d'alliés »? Pour le prétendre, il faudrait nettement démontrer que l'alliance a été étendue par notre loi en dehors de ses limites naturelles, et qu'elle l'a fait dériver même de ces unions passagères et clandestines qui semblent vouloir se dénouer aussi facilement qu'elles se nouent, sans laisser au point de vue légal aucune trace après elles. Mais cette démonstration reste

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 162 s. — Cpr. Planiol, I, n. 785.
(2) Cf. *supra*, Introd. hist., n. 1381.
(3) Pothier, *op. cit.*, n. 167.

encore à faire. Enfin, quant à l'opinion intermédiaire (1), d'après laquelle l'affinité naturelle ne ferait obstacle au mariage qu'en ligne directe, elle n'aurait même pas pour elle le mérite de la logique.

Les partisans du système qui vient d'être repoussé ne s'accordent d'ailleurs pas entr'eux lorsqu'il s'agit de déterminer comment l'existence du commerce libre doit être établie. S'ils semblent tous admettre qu'on ne saurait, comme déjà dans notre ancienne jurisprudence, s'en rapporter au « bruit du quartier » (2), et que la preuve doit être légalement constante (3), il en est qui, s'en tenant à celle qui résulte de l'annulation d'un mariage ou d'une condamnation pour adultère, ne considèrent pas, par une rigueur peu justifiable, comme suffisante une reconnaissance d'enfant régulièrement faite par ses deux auteurs (4).

1547. Un dernier empêchement au mariage dérive de la parenté purement civile qu'engendre l'adoption : non point que cette parenté existe entre d'autres personnes que l'adoptant et l'adopté, mais elle établit, entre chacun d'eux et les parents de l'autre, des rapports qui ont paru devoir entraîner jusqu'à un certain degré l'interdiction du mariage. Celle-ci résulte de l'art. 348, dont la disposition sera, conformément au plan de cet ouvrage, étudiée au titre *De l'adoption,* et qui est ainsi conçu : « *L'adopté restera dans sa famille naturelle, et y* » *conservera tous ses droits : néanmoins le mariage est pro-* » *hibé, — Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants; —* » *Entre les enfants adoptifs du même individu; — Entre* » *l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant;* » *— Entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté.* »

1548. Il n'y a pas d'autres empêchements légaux au mariage, à raison de la parenté ou de l'alliance, que ceux qui

(1) Cpr. Marcadé, I, art. 161-III, n. 549; Taulier, I, p. 277 et 280.

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 167.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 58, n. 14; Demante, I, n. 217 *bis*, II. — Cpr. Nîmes, 3 déc. 1811, précité.

(4) Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 58, n. 13; Demante, *loc. cit.*; Duranton, II, n. 158 et 159. — Cf. Demolombe, III, n. 113; Valette sur Proudhon, *loc. cit.*

viennent d'être indiqués. Les dispositions du code n'auraient plus aucun sens si elles devaient être complétées, sous ce rapport, par les défenses de notre ancien droit. Celles-ci ont été abrogées par cela seul qu'elles n'ont pas été reproduites, et il n'est pas permis de les ressusciter sous prétexte d'honnêteté publique ou au nom des bonnes mœurs. Notamment « l'affinité du second et du troisième genre », créée par les canonistes entre l'un des conjoints et les « affins » de l'autre ou ses « affins » du second genre, c'est-à-dire ses alliés et les alliés de ses alliés, ne fait nul obstacle au mariage, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, contrairement à ce qui fut admis jusqu'au concile de Latran, et même jugé, postérieurement à lui, pour la première de ces lignes (1). A plus forte raison doit-on décider de même en ce qui touche l'alliance purement « spirituelle », qui dérivait en droit canon du baptême et de la confirmation (2).

Par application de notre principe, le mariage est permis aujourd'hui entre cousins germains. Ainsi encore deux frères peuvent épouser les deux sœurs, deux sœurs se marier l'une avec le père, l'autre avec le fils ; un père peut s'unir à la belle-mère de son enfant, et un fils d'un premier lit à la fille de la femme de son père. Le gendre d'un individu peut épouser la seconde femme de celui-ci, après avoir été l'époux de sa fille d'un premier lit. Enfin, pour se borner à ces exemples, le mariage est possible entre un veuf et la veuve de son beau-frère (3).

SECTION V

CONDITIONS PROCÉDANT DE LA SITUATION PERSONNELLE DE L'UN DES FUTURS ÉPOUX

1549. Sous ce titre peuvent être rangés toute une série d'empêchements aux motifs les plus divers, mais qui se ressemblent tous en ce qu'ils dérivent de situations dans les-

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 161 et 224.
(2) Pothier, *op. cit.*, n. 173 s. — Cf. *supra*. Introd. hist., n. 1381.
(3) Merlin, *Rép.*, v° *Affinité*, et v° *Empêch. de mar.*, § 4, art. 3, n. 4 ; Demolombe, III, n. 115 ; Planiol, I, n. 729 ; Vazeille, I, n. 107 ; Mersier, *op. cit.*, n. 192

quelles s'est trouvée ou se trouve encore l'une des personnes qui se proposent de contracter mariage.

1550. 1° Le premier et le plus important d'entre eux résulte de l'existence actuelle d'un mariage dans les liens duquel est encore engagée l'une de ces personnes. La polygamie est interdite, en effet, chez nous comme chez tous les peuples occidentaux (1), à la fois au nom de la morale et des intérêts de la famille (2), et elle l'est même sous les peines les plus sévères (art. 340 C. pén.) (3). Au point de vue civil, cette prohibition est formulée dans l'art. 147 : « *On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier.* »

Or cette dissolution ne procède, depuis l'abolition de la mort civile, que de la mort naturelle de l'un des époux ou du divorce. C'est donc par application de l'art. 147 que l'art. 139 prononce, sous des conditions déjà étudiées (4), la nullité du nouveau mariage contracté par le conjoint d'un absent, au mépris de son union avec celui-ci, l'absence n'en entraînant pas par elle-même la dissolution (5). — Et pour que celle-ci résulte effectivement du divorce lui-même, encore faut-il qu'il ait été légalement prononcé, c'est-à-dire dans les cas et par l'autorité déterminés par la loi (6).

1551. Mais il n'est pas nécessaire, au contraire, que le mariage déjà contracté soit valable pour qu'il fasse obstacle à une nouvelle union (7). Même annulable, il s'y oppose jus-

(1) Cpr. C. civil italien, art. 56, et Trib. Tunis, 5 déc. 1900, *J. Clunet*, 1902, p. 333. — Cf. aussi *J. Clunet*, 1901, p. 610, le récit d'un procès de bigamie en Angleterre. — Sur la manière de voir de l'Eglise catholique en pareille matière, Cf. saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, supplément à la 3e partie, quest. 65. Cf. aussi R. P. Monsabré, *Conférences de N.-D. de Paris*, Carême 1887, 86e conférence, *Le lien conjugal*.

(2) Portalis, *Exp. des motifs*, Locré, *Lég.*, IV, p. 490, n. 19; Planiol, I, n. 716.

(3) Planiol, I, n. 717. Sur les moyens que la loi du 17 août 1897 a établis (art. 45, 70 et 76 C. civ., texte nouveau) pour empêcher la bigamie, Cf. Planiol, I, n. 718. — Cf. aussi E. Sermet, *La question du casier civil, Lois nouvelles*, 1906. 2, p. 82, texte et note 7, p. 83, note 1.

(4) Cf. tome II, n. 1272 s.

(5) Planiol, I, n. 720.

(6) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 184; Aubry et Rau, V, § 461, p. 56, n. 5; Demolombe, III, n. 94; Vazeille, I, n. 224. — Cpr. Civ. cass., 7 nov. 1838, S., 38. 1. 865, D., 38. 1. 393.

(7) Aubry et Rau, V, § 461, p. 56, n. 4; Demolombe, III, n. 94; Laurent, II,

qu'à son annulation, puisqu'il subsiste jusque-là avec tous ses effets. Seulement cette annulation, les faisant rétroactivement disparaître, permettrait de reconnaître la validité de l'union célébrée avant qu'elle fût de fait intervenue.

Du moins faut-il que le mariage soit existant pour l'application de l'art. 147 : son inexistence, à ce point de vue comme à tout autre, le privant complètement d'effet, ne saurait lui en laisser produire aucun, même à titre provisoire (1).

1552. D'ailleurs, le nombre de mariages que peut contracter une même personne n'est limité que par la durée de son existence, mais non par la loi, à la condition qu'elle soit, à chacun de ses convols, libre de tout lien conjugal antérieur (2).

1553. D'autres empêchements sont encore édictés par diverses dispositions de la loi, mais qui seront simplement énumérés ici, à raison de la place qu'ils occupent dans le Code et du plan même de cet ouvrage. Ainsi :

2° La veuve ne peut se remarier qu'après dix mois révolus depuis la mort de son mari (art. 228) (3);

3° La femme divorcée ne peut pareillement contracter un nouveau mariage, aussitôt après la transcription du jugement ou arrêt de divorce, que s'il s'est écoulé trois cents jours depuis le premier jugement préparatoire, interlocutoire ou au fond, rendu dans la cause, ou s'il s'agit d'une conversion de séparation de corps en divorce (Art. 296 et 297, modifié par la loi du 13 juillet 1907).

4° Des époux divorcés ne peuvent plus se remarier ensemble si l'un d'eux a, depuis le divorce, contracté un nouveau mariage suivi d'un nouveau divorce (art. 295).

Récemment encore, il fallait ajouter l'empêchement édicté par l'art. 298 C. civ., contre l'époux coupable d'un adultère qui avait entraîné le divorce : cet époux ne pouvait se rema-

n. 362; Beudant, I, n. 229; Fuzier-Herman, art. 147 n. 12 s ; Marcadé, *Rev. crit.*, 1852, II, p. 450. — Cpr. Rennes, 14 août 1851, S., 52. 2. 626, D., 51. 2. 12. — *Contra :* Surville, I, n. 152.

(1) Laurent, *loc. cit.* — Cpr. Fuzier-Herman, art. 147, n. 16. — Cf. *infra*, n. 1689.

(2) Demolombe, III, n. 95.

(3) Cf. *infra*, n. 2386 s.

rier avec son complice. Mais l'empêchement de l'art. 298 C. civ. a disparu avec l'abrogation de ce texte par la loi du 15 décembre 1904 (1).

1554. Mais faut-il arrêter là la liste des empêchements au mariage? Aujourd'hui encore l'accord n'est pas fait en doctrine sur cette grave question. Plusieurs points cependant sont certains.

D'une part, il n'en est plus dans notre droit actuel comme dans l'ancien, où les fiançailles « formaient dans chacune des parties un empêchement prohibitif qui les empêchait de pouvoir, pendant qu'elles subsistaient, se marier licitement à un autre », et « même après leur dissolution un empêchement dirimant..... qui empêchait chacune des parties d'épouser les parents de la ligne directe de l'autre partie, et même ceux du premier degré de la collatérale » (2). Les fiançailles sont en effet totalement dépourvues maintenant du caractère juridique qui leur était reconnu autrefois : elles ne constatent plus qu'un simple projet, qui n'a par lui-même, en droit, aucune conséquence (3).

1555. D'autre part, la différence de couleur ne constitue pas davantage entre les époux un empêchement à leur union. Ce n'est pas non plus qu'il en ait toujours été ainsi. Tout au contraire, cette différence fut, jusqu'à la Révolution, considérée comme s'opposant au mariage des blancs et des personnes de sang mêlé, non seulement dans les colonies, mais encore dans la métropole même (4), du moins en tant qu'empêchement prohibitif (5). Mais cette interdiction fut abrogée, en ce qui

(1) Cf. le commentaire de cette loi par M. Chevresson, dans les *Lois nouvelles*, 1905. 1. 21. — Cf. aussi, dans la circulaire ministérielle du 18 novembre 1904, déjà citée (*supra*, n. 1541 *in fine*), les conséquences qu'en prétend tirer le gouvernement. — Cpr. Planiol, I, n. 734-736.

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 48 et 213 s.; Planiol, I, n. 785.

(3) Demolombe, III, n. 134; Demante, I, n. 225 et 225 *bis*, I; Huc, II, n. 28; Planiol, I, n. 788. — Cependant, la rupture injustifiée d'un projet de mariage peut donner lieu, conformément au principe général posé par l'art. 1382 C. civ., à des dommages-intérêts. Cf. Planiol, I, n. 789.

(4) Edit de mars 1724 ou Code Noir; arrêt du conseil du 5 avril 1778.

(5) Aubry et Rau, V, § 464, p. 102, n. 45; Fuzier-Herman, art. 144, n. 30. — Req. rej., 27 juin 1838, S., 38. 1. 497, D., 38. 1. 360. — Req. rej., 10 déc. 1838, S., 39. 1. 492, D., 39. 1. 134.

concerne le territoire continental de la France, par la loi des 28 septembre-16 octobre 1791, et cette abrogation a été implicitement confirmée par la loi du 30 ventôse an XII, relative à la publication du code civil, puisque nulle part celui-ci n'a fait allusion à une prohibition incompatible, du reste, avec le principe de l'égalité de tous devant la loi civile. Et ce n'est pas assurément la circulaire du 18 nivôse an XI (1), par laquelle le ministre de la justice a signifié aux officiers de l'état civil que « l'intention du gouvernement était qu'il ne fût reçu aucun mariage entre des blancs et des négresses, ni entre des nègres et des blanches », circulaire destituée de toute force obligatoire (2), et considérée d'ailleurs comme ayant été rapportée (3), qui a pu revenir sur cette abrogation (4).

Quant aux colonies, cet empêchement, qui paraît y avoir toujours été simplement prohibitif (5), n'a pas survécu, d'après l'opinion générale, à l'ordonnance du 24 février 1831 et à la loi du 24 avril 1833, et en tout cas aux décrets des 4 mars et 27 avril 1848, qui, en abolissant l'esclavage, se sont proposé de rétablir les hommes de couleur, à quelque point de vue que ce fût, dans leur dignité d'hommes libres (6).

1556. En troisième lieu, la diversité de religion ne peut pas non plus faire obstacle au mariage, dans une législation comme la nôtre, qui ne considère celui-ci que comme un contrat civil (7). Les défenses du droit canon, aussi bien que celles de l'édit de novembre 1680, par lequel Louis XIV

(1) Locré, *Lég.*, IV, p. 615.

(2) *Contra :* Locré, *loc. cit.;* Rieff, n. 219 *in f.* — Bordeaux, 22 mai 1806, S. chr., II, 2. 147, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 254.

(3) C'est ce qui résulte d'une déclaration faite à la chambre des députés en 1819, au sujet d'une pétition qui réclamait la rétractation de la circulaire (*Moniteur*, 18 fév. 1819, p. 202; Dupin, *Lois civiles*, I, p. 303).

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 102, n. 46 s.; Demolombe, III, n. 133; Fuzier-Herman, art. 144, n. 30; Mersier, *op. cit.*, n. 230. — Cf. déc. min. du 20 avril 1821.

(5) Demolombe, *loc. cit.* — Req. rej., 10 déc. 1838, précité.

(6) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 102, n. 49; Demolombe, *loc. cit.;* Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 238; Mersier, *loc. cit.;* Fuzier-Herman, art. 144, n. 31 s. — Cpr. Planiol, I, n. 739. — Cpr. aussi Trib. Seine, 6 avril 1903, *Rev. crit.*, 1904, p. 213.

(7) Merlin, *Rép.*, v° *Empêch. de mar.*, § 4; Demolombe, III, n. 135; Planiol, I. n. 739.

déclarait nulles et de nul effet les unions des catholiques avec les réformés, ont été emportées par le principe de la sécularisation absolue du mariage.

1557. De même enfin, ni le rapt, ni la séduction ne constituent aujourd'hui, par eux-mêmes, des empêchements entre le ravisseur ou le séducteur et sa victime, contrairement à ce que décidait notre ancienne jurisprudence (1). Cette déduction s'impose absolument en présence du silence du Code (2). Mais c'est une autre question, qui sera ultérieuremennt étudiée, que celle de savoir s'ils ne constituent pas des vices du consentement de la personne ravie ou séduite, de nature à entraîner la nullité du mariage, par application de l'art. 180.

1558. Sur d'autres difficultés, au contraire, la discussion n'est pas éteinte ou ne l'est que depuis peu de temps. La première de ces controverses, relative à l'aptitude de l'interdit judiciaire à contracter mariage, et qui semble du reste avoir perdu de sa vivacité depuis un certain nombre d'années, ne sera exposée qu'au titre « *De l'interdiction* », pour les motifs que nous avons indiqués (3).

1559. Quant au condamné frappé d'interdiction légale, nous l'avons déjà reconnu (4) apte au mariage, même pendant la durée de sa peine (5). Il nous a paru que le fondement de cette peine accessoire n'exigeait aucunement que ce droit lui fût retiré, alors qu'elle ne lui enlève d'ailleurs que l'exercice, et non la jouissance, de ses facultés juridiques. Et c'est vainement, quoi qu'on ait allégué, qu'on chercherait dans l'art. 29 C. pén. un seul mot qui semble combattre cette déduction tirée de l'esprit de la loi. Il n'existe donc au mariage de cet interdit, ni empêchement dirimant (6), comme on s'accorde à

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 225 s. — Cf. *supra*, Introd. hist., n. 1384.

(2) Demolombe, III, n. 135; Planiol, I, n. 739.

(3) Cf. *supra*, p. 97, note 2.

(4) Cf. tome 1er, n. 736; Demolombe, III, n. 130, et I, n. 192; Demante, I, n. 224 *bis*, II, et 72 *bis*, I; Surville, I, n. 160; Beudant, I, n. 244; Garraud, *Traité de dr. pén.*, I, n. 335.

(5) Au contraire, l'individu en état de mort civile ne pouvait se marier. Art. 25 C. civil, abrogé par la loi du 31 mai 1854.

(6) *Contra :* Duranton, II, n. 36 et 37; Humbert, *Conséq. des cond. pénales*, n. 322; Boitard, *Leçons de droit crim.*, art. 29.

le reconnaître, puisque la loi n'a prononcé nulle part la nullité de l'union qui de fait aurait été célébrée, ni même, contrairement à l'opinion la plus répandue (1), d'empêchement prohibitif. N'est-ce point du reste ce que suppose le décret du 24 mars 1866, qui dispense de l'accomplissement de certaines formalités notamment les individus condamnés aux travaux forcés et transportés aux colonies, « s'ils veulent y contracter mariage » (art. 1), sans laisser entendre que cette volonté de leur part soit subordonnée dans ses effets à l'obtention de l'autorisation préalable du gouvernement, ou plus exactement à la levée sous ce rapport de l'interdiction légale ?

Au surplus cette question ne se pose même pas, soit en ce qui concerne les individus condamnés à la déportation simple, qui conservent, dans le lieu où ils sont déportés, l'exercice des droits civils (loi du 25 mars 1873, art. 16), soit en ce qui touche les condamnés qui ont été relevés par le gouvernement de leur état d'interdiction légale (loi du 30 mai 1854, art. 12; loi du 31 mai 1854, art. 4; loi de 1873, précitée).

1560. On pouvait enfin se demander, tout récemment encore, si l'engagement dans les ordres sacrés formait un empêchement au mariage. En d'autres termes, les prêtres, diacres et sous-diacres catholiques pouvaient-ils se marier ? La négative, qui l'avait emporté longtemps en doctrine et en jurisprudence, semblait de plus en plus abandonnée par les interprètes, et elle avait été en dernier lieu repoussée par un arrêt de la cour suprême, qui paraissait devoir mettre fin aux hésitations et aux contradictions des décisions judiciaires.

Mais la controverse n'est plus possible aujourd'hui, depuis la loi du 9 décembre 1905, qui consomme la séparation des Eglises et de l'Etat (2).

Nous reproduirons toutefois, et quoiqu'elles n'aient plus

(1) Aubry et Rau, V, § 464, p. 92 et 93, n. 7; Valette sur Proudhon, II, p. 555; Vazeille, I, n. 87. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 146, n. 31 s.; Hanin, *Des conséq. des cond. pénales*, n. 380.

(2) Planiol, I, n. 741 *in fine* et 1003 *in fine*.

qu'un intérêt rétrospectif, les explications que nous avons données à cet égard dans nos précédentes éditions.

1561. Même dans l'ancien droit, l'ordination ne fut, pendant de longs siècles, qu'un empêchement prohibitif. La constitution de Justinien (1) qui annulait les mariages contractés au mépris de l'engagement dans les ordres sacrés, et que d'ailleurs il abrogea peut-être lui-même par la suite, n'avait pas été reçue dans les provinces d'Occident de l'Empire; et en France on ne trouve, jusqu'au XIIe siècle, ni loi, ni canon qui reproduise cette sanction, ainsi que l'attestent péremptoirement certaines réponses d'Yves de Chartres. Le caractère dirimant de cet empêchement ne semble dater que d'une décision d'un concile de Reims de 1119 ou du premier concile de Latran (2), tenu en l'an 1123, et plus sûrement encore de celle (3) du second concile tenu, en 1139, au même lieu. Le concile de Trente (4) enfin, en 1563, confirma cette discipline, en prononçant l'anathème contre tous ceux qui la mettraient en question (5). Et depuis, au témoignage de Pothier (6), la puissance séculière, sans la consacrer par un texte exprès, se conforma toujours, par l'organe des Parlements, à la règle canonique et regarda comme dirimant l'empêchement né de l'ordination (7).

Le droit intermédiaire rompit complètement sur ce point avec notre ancienne jurisprudence, en autorisant formellement le mariage des ministres du culte catholique. Cette faculté, qui ressortait déjà pour eux du décret des 13-19 février 1790 et de la Constitution du 3 septembre 1791 (8), d'après lesquels « la loi ne reconnaît plus ni vœux religieux, ni aucun autre

(1) L. 44, C., *De episc. et cleric.*, I, 3.

(2) Can. XXI.

(3) Can. 7.

(4) Sess. 24, *De sacram. matr.*, can. 9. — Cf. Esmein, *op. cit.*, I, p. 269 s.; II, p. 240 s., et *supra*, Introd. hist., n. 1387 s.

(5) Cf. d'Héricourt, *Lois ecclésiast.*, au titre *Des empêchements de mariage;* Pothier, *op. cit.*, n. 115 s.

(6) *Op. cit.*, n. 117.

(7) Cf. Merlin, *Rép.*, v° *Célibat*, n. 2 et 3; *Quest.*, v° *Mar.*, § 5, n. 1 *in fine*. — Civ. cass., 12 prairial an XI, S., 3. 1. 321, D., *Rép.*, v° *Culte*, n. 114. — Civ. rej., 3 floréal an XIII, S., 5. 1. 345, D., *eod. loc.*, n. 115.

(8) *Contra :* Demante, I, n. 225 *bis*, II.

engagement qui serait contraire aux droits naturels ou à la Constitution », leur était encore implicitement reconnue par la loi du 20 septembre 1792 : elle ne plaçait pas en effet la prêtrise parmi les causes qui s'opposaient au mariage (tit. IV, sect. 1). Leur liberté fut encore plus énergiquement affirmée par toute une série d'actes dirigés contre ceux qui y apporteraient des entraves (1), et notamment par le décret des 19-29 juillet 1793, menaçant de déportation et de remplacement les évêques reconnus coupables d'y avoir, soit directement, soit indirectement, mis obstacle (2).

Ce nouveau principe, qui avait paru au législateur révolutionnaire être l'un des corollaires de la sécularisation du mariage, avait-il reçu par la suite quelque atteinte ? La reprise des rapports officiels de l'Eglise et de l'Etat et leur réglementation par le Concordat avaient-elles fait revivre l'ancienne discipline ecclésiastique ? Ou le Code civil tout au moins l'avait-il remise en vigueur ? C'est ce qu'il eût été absolument nécessaire d'établir de la façon la plus indiscutable, pour prouver que l'ordination constituait un empêchement quelconque au mariage des prêtres. Mais, quelques efforts qu'on eût faits en ce sens, cette démonstration n'avait pas été fournie, et, selon nous, ne pouvait pas l'être.

L'opinion des auteurs du Concordat (3) avait été exposée par Portalis, au Corps législatif (4), aussi nettement que possible : « Pour les ministres mêmes que nous conservons, et à qui le célibat est ordonné par les règlements ecclésiastiques, la défense qui leur est faite du mariage par ces règlements, n'est pas consacrée comme empêchement dirimant dans l'ordre civil.... » Et il ajoutait ensuite : « Conséquemment, sans affaiblir le nerf de la discipline de l'Eglise, on conserve aux individus toute la liberté et tous les avantages garantis par les lois de l'Etat. » Impossible de dire plus clairement que,

(1) Cf lois des 7-16 août 1792, art. 6; 17-21 déc. 1792; 19-27 juill., 12 août et 17 sept. 1793; 25-30 brumaire an II.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Célibat*, n. 3; Aubry et Rau, V, § 464, p. 94, n. 11. — Civ. rej., 22 janv. 1812, S., 12. 1. 161.

(3) Concordat du 23 fruct. an IX.

(4) *Moniteur*, 16 germ. an X, p. 789, 1re col.

dans la vie civile, le ministre du culte recouvrait les facultés dont le prive l'Eglise. — Mais Portalis ne considérait-il pas du moins la prêtrise comme un empêchement prohibitif? Sa pensée sur ce point, révélée par son rapport au gouvernement du 13 frimaire an XI, ne prêtait pas non plus à la moindre équivoque : « La prêtrise n'est point un empêchement au mariage; une opposition au mariage fondée sur ce point ne serait pas reçue et ne devrait pas l'être, parce que l'empêchement provenant de la prêtrise n'a pas été sanctionné par la loi civile. » Et c'est encore Portalis (1) qui nous faisait connaître le sentiment des rédacteurs du Code civil : après avoir parlé du caractère purement civil du mariage, « c'est d'après ce principe, écrivait-il, que l'engagement dans les ordres sacrés, le vœu monastique, et la disparité de culte, qui, dans l'ancienne jurisprudence, étaient des empêchements dirimants, ne le sont plus. Ils ne l'étaient devenus que par les lois civiles qui prohibaient les mariages mixtes, et qui avaient sanctionné par le pouvoir coactif les règlements ecclésiastiques relatifs au célibat des prêtres séculiers et réguliers. Ils ont cessé de l'être depuis que la liberté de conscience est devenue elle-même une loi de l'Etat. » Entre le rapporteur du Concordat et l'auteur de l'exposé des motifs du titre *Du mariage,* l'accord de vues était parfait.

Il est vrai que, comme ministre des cultes, Portalis n'avait plus tenu le même langage, et que par trois lettres, des 14 janvier 1806, 30 janvier et 9 février 1807 (2), écrites en conformité de décisions orales de l'Empereur, il avait fait défense aux officiers de l'état civil de procéder à la célébration du mariage de prêtres catholiques, considéré par le gouvernement « comme un délit contre la religion et la morale ». Mais faut-il observer qu'entre ses paroles en tant qu'organe des auteurs de la loi et ses circulaires en tant que membre du gouvernement, il y avait la même différence qu'entre un acte interprétatif et une décision ministérielle, laquelle est dépourvue de toute force obligatoire? Au surplus, Napoléon

(1) *Exp. des mot.,* Locré, *Lég.,* IV, p. 497, n. 27.
(2) Locré, *Lég.,* IV, p. 610 s.; Favard, *Rép.,* III, p. 459.

lui-même s'était fait si peu illusion sur la portée des injonctions formulées par un serviteur qui aimait mieux se contredire que résister aux volontés d'un maître tout-puissant, qu'en 1813 il avait chargé la section de législation du conseil d'Etat de rédiger un projet pour prohiber le mariage des prêtres (1).

Mais cette idée n'eut pas de suites. A défaut du texte qui devait consacrer cette interdiction, en était-il d'autres d'où elle résultait? On avait prétendu la retrouver tout d'abord dans les art. 6 et 26 de la loi organique du Concordat, du 18 germinal an X. L'art. 6, disait-on, place parmi les cas d'abus commis par les ecclésiastiques « l'infraction des règles consacrées par les canons reçus en France », et l'art. 26 oblige les évêques à n'ordonner que ceux qui réunissent les conditions requises par ces mêmes canons. Puisqu'ils font du célibat du prêtre une condition absolue, le mariage contracté au mépris de leurs prescriptions ne saurait donc être valable. — « Si cet argument était fondé, avait répondu avec force Serrigny (2), et que tous les canons autrefois reçus en France soient redevenus obligatoires, je me fais fort d'en faire sortir logiquement l'ancien régime tout entier. » Et en effet cet argument prouvait trop. Il tendait à établir en premier lieu, ce que ne soutenaient que de très rares auteurs, que l'empêchement dérivant de la qualité de ministre du culte catholique était dirimant, contrairement aux déclarations très nettes faites au nom des rédacteurs de la loi. Il tendait à faire revivre ensuite toute la législation canonique relative au mariage, telle qu'elle était appliquée dans l'ancienne France, et à lui subordonner ainsi les règles du code civil, à l'encontre du principe de la sécularisation : car pourquoi le droit canon se serait-il plus imposé au respect des clercs que des laïques, s'il était réellement redevenu, en l'an X, loi de l'Etat? Mais cette dernière conséquence rendait de plus en plus inadmissible le faux principe dont elle aurait découlé. Il était faux effectivement, parce que la loi du 18 ger-

(1) D., 32. 2. 46.
(2) *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1845, II, p. 387.

minal n'avait eu d'autre objet que de régler, en exécution du Concordat, les rapports de l'Etat et de l'Eglise, en précisant notamment selon quelles formes les ministres de celle-ci pouvaient être ramenés à l'observation de leurs devoirs envers celui-là : elle ne se préoccupait aucunement de déterminer leurs droits comme individus et comme citoyens. Et la preuve en était que c'était l'appel comme d'abus qui sanctionnait leurs obligations : était-ce de la sorte qu'on aurait pu faire prononcer la nullité du mariage contracté par l'un deux? Or, si cette voie ne pouvait être suivie, par quelle autre aurait-on pu obtenir cette annulation, en présence du principe qu'il n'y a pas d'autres nullités, en matière de matière de mariage, que celles qui résultent d'un texte formel? Il n'y avait rien enfin à déduire des différentes qualités requises par le droit canon en la personne de l'ordinand, car le prêtre était considéré par la loi civile, en matière de mariage, non comme prêtre, mais comme un individu ordinaire, et peu importait dès lors, à ce point de vue, que les rapports conjugaux dans lesquels il s'engageait fussent exclusifs de la qualité ecclésiastique : de ce qu'il violait par là ses engagements envers l'Eglise, et aussi qu'il perdait du même coup les avantages attachés à cette qualité, il ne s'ensuivait pas qu'il violât également la loi.

Plus vainement encore avait-on invoqué l'art. 6 de la Charte de 1814, qui reconnaissait à la religion catholique, apostolique et romaine le titre de « religion de l'Etat ». Car, d'une part, on ne pouvait, sans effort de divination, voir dans une déclaration si générale rien de particulier à notre sujet; et, d'autre part, on n'aurait pu en inférer qu'elle avait redonné force obligatoire à l'interdiction canonique du mariage des ecclésiastiques, sans s'exposer à toutes les objections qui viennent d'être formulées. Et d'ailleurs cette disposition avait disparu de toutes les constitutions qui avaient succédé à la Charte de la Restauration (1).

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Célibat*, § 3; *Quest.*, v° *Mariage*, § 5, n. 4 et 5; Aubry et Rau, V, § 464, p. 94, n, 14; Demolombe, III, n. 131; Toullier, I, n. 559 et 560; Valette sur Proudhon, I, p. 415; Richefort, II, n. 217 s.; Laurent, II, n. 370; Beudant, I, n. 245 et 246; Vazeille, I, n. 94 et 95; Fuzier-Herman, art. 144, n. 11 s.;

A défaut de textes, les principes enfin s'opposaient-ils à la célébration, sinon à la validité, du mariage des prêtres catholiques ? De nombreux auteurs l'estimaient ainsi : tout en repoussant, comme nous, et les arguments, et l'opinion de ceux qui croyaient à l'existence d'un empêchement dirimant, du moins pensaient-ils qu'il y avait empêchement prohibitif (1), et il faut convenir que leurs motifs ne manquaient pas de gravité. Si l'Etat, disaient-ils, s'est réservé un droit de haute police sur l'exercice du culte catholique, il s'est corrélativement obligé à réprimer toutes les atteintes qui seraient portées à cet exercice ou à « la liberté que les lois et règlements garantissent à ses ministres » (Loi du 18 germinal an X, art. 7), et par conséquent à ne rien laisser faire par ses fonctionnaires qui soit contraire aux actes extérieurs auxquels ce culte a le droit de procéder (2). Or l'ordination des prêtres est un de ces actes : elle s'accomplit sous la surveillance de l'autorité publique (3), et elle imprime à ceux qui la reçoivent une marque indélébile, qui les rend, notamment, à jamais incapables de s'engager dans les liens conjugaux. La loi, qui attache elle-même certaines conséquences à l'ordination (4), doit surtout la respecter dans toutes celles que les canons lui font produire. Elle la méconnaîtrait gravement en permettant à

Cérati, *Du célibat et du mariage des prêtres*, Paris, 1829; Parent-Réal, S., 12. 2. 243. — *Contra :* Locré, *Lég.*, IV, p. 612; Favard, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. I, § 2, n. 9; Loiseau, *Des enf. naturels*, p. 272 s. ; Pezzani, n. 206 s. ; Nougarède, *Jurispr. sur le mariage des prêtres*, Paris, 1814; Fœlix, *Rev. étr. et fr. de lég.*, 1838, V, p. 92. — Req. rej., 21 fév. 1833, S., 33. 1. 168, concl. de M. Dupin, D., 33. 1. 121. — Req. rej., 26 fév. 1878, S., 78. 1. 241, rapp. de M. Lepelletier, concl. de M. Robinet de Cléry, note de M. Labbé, D., 78. 1. 113. — Cpr. Civ. cass., 9 janv. 1821, S., 21. 1. 157, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 210. — Req. rej., 12 nov. 1839, S., 39. 1. 826, D., 40. 1. 16.

(1) Aubry et Rau, V, § 464, p. 95, n. 15-22; Demante, I, n. 225 et 225 *bis*, II; Marcadé, I, app., VI, n. 564 s. ; Duranton, II, n. 34 et 201 ; Favard, *Rép.*, III, *loc. cit.* ; Pezzani, *loc. cit.* ; Mailher de Chassat, *Tr. des statuts*, n. 175 ; Fœlix, *loc. cit.* — Req. rej., 23 fév. 1847, S., 47. 1. 177, D., 47. 1. 129. — Alger, 11 déc. 1851, S., 51. 2. 760, D., 51. 5. 361.

(2) Cf. Convention du 26 mess. an IX, art. 1er.

(3) Loi du 18 germ. an X, art. 16 s. et 26.

(4) Cf. lois militaires, notamment l'art. 23-4° de la loi du 15 juill. 1889, aujourd'hui abrogée et remplacée par celle du 21 mars 1905 ; et, pour la dispense de la tutelle, avis du Cons. d'Etat des 4-20 nov. 1806. — Cf. encore l'art. 3 de la loi du 21 novembre 1872 sur le jury.

l'officier de l'état civil de prêter son ministère à la célébration du mariage d'un individu auquel ils imposent à perpétuité le célibat. C'est bien le moins qu'elle ne participe pas, par ses représentants, à la violation de l'engagement véritable contracté par le prêtre envers l'Eglise, et qui doit être aussi valable dans le for extérieur et civilement que dans le for intérieur et sous le rapport ecclésiastique, puisque, légalement autorisé, il obtient dans la sphère du droit certains effets.

Que le droit autorisât cet engagement, c'est certain ; il n'est pas moins exact qu'il conférait certaines immunités au ministre du culte catholique. En résultait-il que l'engagement de celui-ci fût civil, au lieu d'être simplement spirituel, et qu'il le privât notamment de la faculté légale de contracter mariage? C'est ce qu'il aurait fallu péremptoirement établir pour que l'argumentation précédente fût décisive, et elle ne procédait précisément sur ce point que par voie de simple affirmation. A la vérité, l'organisation du culte avait lieu sous le contrôle et même avec le concours de l'Etat; c'est avec son seul assentiment que le prêtre pouvait être admis à assumer certaines obligations envers l'Eglise. Mais il ne suivait aucunement de là que l'Etat s'obligeât lui-même envers elle à les faire respecter par ceux qu'elles lient, pas plus qu'il ne faisait siens les dogmes et les canons de la religion au nom de laquelle elles sont prises. Est-ce que, par exemple, la loi civile tenait aucun compte des empêchements à mariage qu'édicte le droit canonique? Et qui cependant aurait songé à prétendre qu'en en faisant abstraction elle portât atteinte à l'exercice du culte? L'empêchement résultant de la prêtrise ne pouvait être, à ce point de vue, distingué de tous les autres : il faisait partie, comme eux, d'une discipline à laquelle on était tenu d'obéir par cela seul qu'on se réclamait de la religion catholique, sans que toutefois, si on s'y soustrayait, on pût être atteint par d'autres peines que les peines, d'ordre purement spirituel, que ses canons déterminent. Du moment que l'individu se résolvait à rompre l'engagement qu'il avait pris en entrant dans les ordres sacrés, à braver les foudres ecclésiastiques, et qu'il se prévalait sim-

plement, devant les représentants de la loi, de sa qualité de citoyen, sa capacité était réglée par le droit commun et il avait la faculté de se marier comme toute autre personne. L'officier de l'état civil n'avait pas à s'inquiéter d'une incapacité que la loi au nom de laquelle il agissait ne prononçait pas. La société qu'il représentait ne méconnaissait nullement de la sorte ses devoirs envers l'Eglise : elle n'aurait porté réellement atteinte à l'exercice du culte que si elle avait élevé l'insoutenable prétention de forcer celle-ci à continuer de considérer comme son ministre celui qui, en se mariant, avait foulé aux pieds l'un des premiers devoirs qui lui incombaient, de même que si elle avait voulu contraindre l'Eglise à admettre au mariage religieux des époux à l'union desquels quelque empêchement spirituel se serait opposé. Elle restait, au contraire, dans sa sphère et sur son domaine, en ne s'occupant des croyances religieuses de personne et en considérant uniquement les facultés légales qui appartiennent à chacun. Or rien ne démontrait, pas plus sur le terrain des principes que sur celui des textes, que le prêtre catholique fût privé du droit de se marier. Si elle avait réellement entendu le lui retirer, la loi aurait, au surplus, dû logiquement faire de son incapacité un empêchement dirimant, et non pas simplement prohibitif, car cette incapacité serait résultée d'une qualité indélébile, et il n'aurait pas dû lui être permis de s'y soustraire avec la complicité ou grâce à l'ignorance d'un officier de l'état civil. Toutes les considérations sur lesquelles repose l'obligation du célibat, pour les ministres du culte, l'auraient exigé impérieusement ainsi. Mais la vérité était que la loi positive ne s'y était pas arrêtée, laissant à l'Eglise le soin de soumettre ceux qui la servent à la discipline qu'elle croit devoir leur imposer (1).

(1) Cf. p. 198, note 1. — Merlin, *Quest.*, v° *Mariage*, § 5, n. 6; Demolombe, III, n 131; Valette sur Proudhon, I, p 415; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 241 s.; Laurent, II, n. 369 et 370; Huc, II, n. 29; Planiol, 3e édit., III, n. 57 et 337, 4e édit., I, n. 741 et 1003; Beudant, I, n. 245 et 246; Fuzier-Herman, art. 144, n. 8 s., et *Rev. prat.*, 1876, XLI, p. 109 s.; Serrigny, *Dr. publ. fr.*, I, p. 577; Plocque, *De la cond. jurid. du prêtre catholique*, p. 157 s.; Parent-Réal, S., 12. 2. 243; Sirey, S., 9. 2. 391; 29. 2. 35; 33. 1. 178; Devilleneuve, S., 46. 2. 97; 47. 1. 177. — Cpr. Surville, I, n. 161.

Notre solution n'avait pas été contredite, quoi qu'on eût dit, par des actes émanés du législateur postérieurement à la publication du Code civil. Il est vrai qu'à deux reprises, une première fois en 1848 à l'Assemblée constituante et une seconde à l'Assemblée législative en 1850, des propositions avaient été faites, tendant à autoriser formellement le mariage des prêtres, et qu'elles avaient été repoussées (1). Néanmoins on n'aurait su voir, soit dans les conclusions d'un simple comité, soit dans le vote de la question préalable, qui les écartèrent, de véritables actes interprétatifs des dispositions légales, mais seulement l'expression des sentiments d'une partie des législateurs de l'époque.

1562. Au contraire notre opinion avait conquis récemment l'appui de la jurisprudence. Celle-ci avait tout d'abord, et pendant longtemps, jugé que la prêtrise constituait un empêchement simplement prohibitif. Puis, par un arrêt de la chambre des requêtes, en date du 26 février 1878, elle était allée jusqu'à considérer, avec de très rares auteurs, cet empêchement comme dirimant. Sa dernière décision, rendue par la chambre civile le 25 janvier 1888, proclamait tout à l'opposé que la prêtrise n'apportait nul obstacle au mariage (2). Il est probable que la cour suprême, faisant cesser le conflit qui avait divisé ses deux Chambres, se serait tenue à cette dernière solution, au nom des deux principes qu'elle invoquait, la sécularisation de la législation civile et le caractère essentiellement limitatif des textes qui établissent des empêchements de mariage.

Mais, comme nous l'avons déjà dit (3), la question ne peut même plus se poser aujourd'hui. En séparant l'Etat de

(1) *Moniteur*, 8 janv. 1851, p. 65; 24 janv. 1851, p. 247.

(2) Civ. rej., 25 janv. 1888, S., 88. 1. 193, rapp. de M. Merville, concl. de M. Ronjat et note de M. Labbé, D., 88. 1. 97. — Paris, 23 mars 1888, S., 88. 2. 131, D., 88. 2. 117. — Cf. aussi Civ. cass., 16 oct. 1809, S., 10. 1. 60, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 115. — Nancy, 23 avril 1828, et Cambrai, 7 mai 1828, S., 29. 2. 36, D., *loc. cit.* — Trib. Issoudun, 27 déc. 1831, S., 32. 2. 73. — Amiens, 30 janv. 1886, sous Cass., 25 janv. 1888, précité, S., 88. 1. 193, D., 86. 2. 42. — Cf. Sarrut, *Le mariage des prêtres devant la Cour de cassation*, Paris, 1887. — Cpr. Trib. Charleroi, 3 nov. 1898, *J. Clunet*, 1900, p. 185.

(3) *Supra*, n. 1560.

l'Eglise catholique, comme des autres Eglises, la loi du 9 décembre 1905 a fait disparaître implicitement jusqu'à l'ombre d'un doute, puisqu'elle a abrogé le Concordat et les autres textes sur lesquels on pouvait se fonder auparavant pour soutenir que l'engagement dans les ordres sacrés constituait un empêchement au mariage. Désormais donc, il est absolument incontestable que les prêtres, diacres et sous-diacres catholiques peuvent se marier (1).

1563. Les vœux monastiques ne forment pas davantage un empêchement au mariage (2). Il est vrai qu'ils constituèrent un empêchement dirimant, dans la discipline ecclésiastique, dès le xe siècle, au moins dans certains pays, et dans tous depuis le second concile de Latran, tenu en l'an 1139, et que ce droit fut observé par les tribunaux séculiers. Il fallait du reste que le vœu fût « un vœu solennel de religion (3), qui se fait en prenant l'habit de religion et en faisant profession dans un ordre religieux », et que cet ordre proprement dit fût approuvé comme tel du Saint-Siège et par les lois du royaume (4). Mais la loi des 13-19 février 1790, en même temps qu'elle supprimait tous ces ordres (5), décida que l'Etat ne reconnaîtrait plus de vœux solennels. Or ces dispositions sont encore en vigueur, et elles ont même été rappelées, postérieurement au Code civil, soit par le décret du 3 messidor an XII (art. 3) et par ceux du 29 mars 1880, soit dans la discussion de la loi du 1er juillet 1901 sur les associations. La loi ne saurait donc plus, quant au mariage, tenir compte de vœux qu'elle-même défend.

1564. Et toutefois un décret du 18 février 1809 (6) a admis

(1) Planiol, I, n. 741 et 1003.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Célibat*, n. 3; Aubry et Rau, V, § 464, p. 98, n. 24; Demolombe, III, n. 132; Demante, I, n. 225; Valette sur Proudhon, I, p. 418; Huc, II, n. 29; Planiol, I, n. 741; Surville, I, n. 162; Vazeille, I, n. 96; Fuzier-Herman, art. 144, n. 20 s. — Civ. rej., 3 flor. an XIII, S. chr., II. 1. 100, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 115.

(3) Le vœu solennel s'oppose au vœu simple, qui, d'après le droit canonique, ne constitue qu'un empêchement prohibitif. D'après la plupart des théologiens, les vœux des religieuses ne sont jamais que des vœux simples.

(4) Pothier, *op. cit.*, n. 108 s.

(5) Cf. aussi lois des 17 et 18 août 1792, 3 oct. 1793 et 9 niv. an II.

(6) Il n'a pas été explicitement abrogé par la loi du 1er juillet 1901.

sous certaines conditions la validité des vœux temporaires dans les congrégations hospitalières de femmes; il a réglé même les formes dans lesquelles ils sont reçus, et chargé l'officier de l'état civil de dresser l'acte qui constate ces engagements (art. 7 et 8) (1). On en conclut le plus généralement que ces vœux, manifestés devant l'autorité publique elle-même, engendrent un empêchement prohibitif jusqu'à l'expiration du temps pour lequel les religieuses les ont faits (2), et que « c'est envers le pouvoir civil lui-même... qu'elles contractent directement un engagement civil et positif » : aussi bien les statuts des congrégations dont elles sont membres sont dits par le décret précité « avoir force d'institution publique ».

Cette déduction est cependant susceptible de la plus sérieuse contestation. S'il fallait admettre que les statuts de ces communautés ont civilement force obligatoire véritable, on serait conduit à reconnaître, ce qu'aucun auteur ne fait pourtant, à l'exception de Demante (3), qu'il en doit être exactement de même des vœux de toutes les congrégations de femmes dont les statuts ont été approuvés, conformément à la loi du 24 mai 1825, et, bien plus, de tous ceux qu'exigent « les statuts d'une congrégation autorisée », quelle qu'elle soit : partant les vœux temporaires qu'ils exigent de leurs membres devraient produire les mêmes effets que s'il s'agissait d'une congrégation hospitalière, « l'approbation des statuts emportant approbation des vœux ». Si cette déduction paraît inadmissible, c'est qu'on ne doit rien inférer de cette approbation. Et en effet l'autorité peut tolérer l'établissement de certaines règles dans les rapports des membres d'une communauté, sans promettre d'en assurer par elle-même le respect, surtout lorsqu'elles les privent de certaines de leurs facultés légales. Puis il paraît au moins étrange de parler d'engagement juridique pris,

(1) Cf. toutefois la circ. min. du 9 mars 1888 (*Bull. off. du min. de la just.*, 1895, p. 46), qui interdit aux officiers de l'état civil de dresser les actes de cette nature et considère même les articles précités comme abrogés. C'est peut-être pour cette raison que la loi du 1er juillet 1901 ne les a pas abrogés.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 98, n. 25; Demolombe, III, n. 132; Demante, I, n. 225 et 225-*bis*, III; Fuzier-Herman, art. 144, n. 26 s.

(3) *Loc. cit.*

sous la forme d'un vœu de chasteté, envers l'officier de l'état civil, alors que son intervention se justifie beaucoup mieux par les vues de haute police et de protection de la liberté des personnes dans lesquelles elle est évidemment requise, que par l'intention de lui faire recevoir, comme représentant de la loi, de pareilles promesses. La vérité est qu'il constate un engagement purement spirituel, qui, à moins d'un texte exprès, doit rester dénué de tout effet dans le domaine du droit privé (1).

CHAPITRE II

DES CONDITIONS EXTRINSÈQUES DU MARIAGE

1565. Ces conditions doivent être envisagées successivement en ce qui concerne le mariage des Français, suivant qu'il est contracté en France ou à l'étranger, et en ce qui touche celui des étrangers, lorsqu'il est célébré en France. De là trois paragraphes.

§ I. *Des formalités requises pour le mariage des Français lorsqu'il est célébré en France.*

1566. De ces formalités, les unes précèdent la célébration du mariage, les autres en sont constitutives, mais toutes ont pour objet d'assurer à la fois la sincérité et la validité des consentements qu'échangent les époux, l'observation des conditions légales, la publicité des modifications qu'apporte leur union, soit dans leur état, soit dans leur capacité, et enfin la preuve du mariage.

N° 1. Des formalités qui précèdent la célébration du mariage.

1567. Naguère encore au nombre de trois, elles se trouvent réduites à deux, par le fait de la loi du 21 juin 1907, qui a confondu en une seule, la publication par voie d'affiche, les deux formalités auparavant distinctes, en théorie du

(1) Cf. discussion de la loi de 1825, *Moniteur*, 3 fév. et 6 avril 1825. — Cpr. Huc, II, n. 29; Planiol, I, n. 741; Beudant, I, n. 247.

moins, sinon en fait, des publications et de l'affiche. C'est, d'abord, cette publication par voie d'affiche. C'est, ensuite, la remise de certaines pièces à l'officier de l'état civil.

I. *De la publication par voie d'affiche.*

1568. L'usage de la publication est fort ancien. Il en est déjà fait mention, sous le nom de bans de mariage, au commencement du XIIIe siècle, dans une décrétale d'Innocent III. Ce pape en fit d'ailleurs consacrer l'obligation par le concile de Latran, dont les prescriptions furent renouvelées par le concile de Trente (1). Mais ce fut l'ordonnance de Blois (art. 40) qui donna seule force de loi à cet usage. En révélant au public le projet qu'ont formé les futurs époux, la publication provoque ainsi tous ceux qui connaîtraient quelque empêchement à mariage à le divulguer, et elle commence déjà à répandre la nouvelle d'un événement dont les conséquences sociales et juridiques sont si importantes (2).

1569. La publication consiste dans une proclamation ou annonce, autrefois verbale, aujourd'hui affichée, du projet de mariage, dans les conditions que détermine l'art. 63 C. civ., modifié par la loi du 21 juin 1907 : « *Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera une publication par voie d'affiche apposée à la porte de la maison commune. Cette publication énoncera les prénoms, noms, professions, domicile et résidence des futurs époux, leur qualité de majeur ou de mineur, et les prénoms, noms, professions et domiciles de leurs pères et mères. Elle énoncera, en outre, les jour, lieu et heure où elle a été faite. Elle sera transcrite sur un seul registre coté et paraphé comme il est dit à l'art. 41 C. civ. et déposé, à la fin de chaque année, au greffe du tribunal de l'arrondissement* » (3).

C'est donc à l'officier de l'état civil, comme aux curés sous l'ancien régime, qu'incombe le soin de faire la publication,

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 67 s. — Cf. Thibeaud, *Hist. des actes de l'état civil*, p. 47 et 126 s.; Planiol, I, n. 792.

(2) Planiol, I, n. 791; Surville, I, n. 164.

(3) Sur la publication des mariages célébrés aux armées, cf. l'art. 97 C. civ., modifié par la loi du 8 juin 1893.

sur les réquisitions des parties. Mais il ne doit y procéder qu'à la demande des deux futurs époux (1), puisqu'elle divulgue un projet d'union à laquelle leur double consentement est indispensable, et qu'en outre, opérée à faux, elle pourrait parfois causer le plus grave préjudice moral à la personne sans l'aveu de qui elle serait faite.

1570. Du reste, si les futurs époux doivent fournir à l'officier de l'état civil, sous forme de notes, les renseignements qui lui sont d'ores et déjà nécessaires, ils ne sont point tenus de lui remettre, dès ce moment, les pièces justificatives de leurs dires. Telle est du moins l'opinion générale (2), qui se fonde, et sur la place des articles 69-73 relatifs à cette remise, et sur l'avis du Conseil d'Etat des 19-30 mars 1808, qui y paraît tout à fait conforme, et sur l'obligation particulière enfin de faire faire cette publication au lieu où sont domiciliés ceux qui doivent consentir au mariage, ce qui laisse supposer que leur consentement ne doit pas déjà être acquis, puisqu'elle se propose de leur faire connaître, à tout événement, le projet qu'elle annonce. S'il en est ainsi, le code civil a innové sur l'ancien droit, car la représentation du consentement des père et mère, tuteur ou curateur, était requise par la déclaration du 26 novembre 1639 (art. 1er) (3). Et toutefois certains auteurs (4) pensent qu'encore aujourd'hui cette exigence s'impose : ils concluent de ce que ce consentement est nécessaire au futur époux, qu'il doit en justifier à l'officier public chargé de publier son mariage. Mais cet argument ne tendrait à rien moins qu'à l'obliger de fournir la preuve que toutes les conditions requises sont dès à présent remplies, comme le veut une dernière opinion (5),

(1) Aubry et Rau, V, § 465, p. 104; Demolombe, III, n. 181; Laurent, II, n. 418; Planiol, I, n. 794; Coin-Delisle, art. 63, n. 4; Fuzier-Herman, art. 63, n. 2 s. — Cf. Pothier, *op. cit.*, n. 76, et Loi du 20 sept. 1792, tit. IV, sect. II, art. 1.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 104, n. 5; Huc, II, n. 86; Planiol, *loc. cit.*; Delvincourt, I, p. 69, note 1; Fuzier-Herman, art. 63, n. 4 s.; Mersier, *Etat civil*, n. 247.

(3) Pothier, *op. cit.*, n. 76.

(4) Demolombe, III, n. 181; Richelot, I, p. 239, note 2; Coin-Delisle, art. 63, n. 5; Mersier, *loc. cit.*

(5) Hutteau d'Origny, *De l'état civil*, tit. VII, ch. III, § 2, n. 3. — Cf. Lettres du min. de la guerre des 5 therm. an VIII et 30 pluv. an XIII, et Béquet, *op. cit.*, n. 632.

qui, sans appui dans les textes, ne tient aucun compte des motifs qui précèdent.

1571. La publication peut être faite un jour quelconque, depuis la loi du 21 juin 1907. Cette loi a ainsi innové sur le code civil, qui exigeait que les deux publications prescrites auparavant fussent faites toutes les deux un jour de dimanche et à huit jours d'intervalle l'une de l'autre, donc deux dimanches consécutifs. Quant à l'heure de la publication, l'officier de l'état civil nous paraît en avoir le choix. Il doit seulement choisir une heure qui soit propice à la diffusion de la nouvelle qu'elle est destinée à répandre (1).

1572. La publication doit être faite à la porte de la maison commune, et, à défaut, à celle du local qui en tient lieu, plutôt, comme on le dit parfois, qu'à celle de l'habitation de l'officier de l'état civil, qui ne sert pas nécessairement en ce cas de maison commune (2).

1573. Le code civil exigeait deux publications, sauf le cas de dispense. Il avait pris ainsi un moyen terme entre l'ordonnance de Blois, qui, par application du droit canonique, en exigeait trois, et la loi de 1792, qui se contentait d'une seule (tit. IV, sect. II, art. 3). La loi du 21 juin 1907 est revenue au système de la loi de 1792 et n'exige plus qu'une seule publication.

D'ailleurs, aux termes de l'art. 169, modifié par cette loi du 21 juin 1907, « *le Procureur de la République, dans l'ar-* » *rondissement duquel sera célébré le mariage, peut dispenser* » *pour des causes graves, de la publication et de tout délai* ».

Avant la loi de 1907, ce droit appartenait au Chef de l'Etat ou aux officiers préposés par lui à cet effet ; mais l'arrêté du 20 prairial an XI (art. 3 et 4) l'avait déjà délégué, dans un but de célérité, au Procureur de la République près le tribunal civil dans l'arrondissement duquel doit être célébré le mariage (3).

(1) Cpr. Aubry et Rau, V, § 465, p. 104, n. 8 ; Demolombe, III, n. 182.

(2) Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 105, n. 9 ; Demolombe, III, n. 182. — Cf. arr. du 7 therm. an VIII, et loi du 18 flor. an X, art. 3; Béquet, *op. cit.*, n. 698.

(3) Planiol, I, n. 797. — Sur les formes à suivre, cf. les art. 3 et 4 de l'arrêté du 20 prairial an XI.

De plus, avant la loi de 1907, le magistrat ne pouvait dispenser, en aucun cas, que de l'une des deux publications qui étaient alors exigées. On avait pensé qu'il ne convenait pas de soustraire à toute publicité le projet de mariage (1). Mais, si cette exigence se comprenait pour les unions qui se célèbrent dans des circonstances normales, elle était d'une regrettable imprévoyance pour les mariages *in extremis*, dont la célébration pouvait devenir impossible sans la complaisance ou plutôt la complicité, du reste de bon aloi, de l'officier de l'état civil (2). Aussi a-t-on conféré au Procureur de la République le pouvoir de dispenser de l'unique publication exigée.

Il ne doit évidemment user de ce pouvoir, depuis la loi de 1907, comme avant cette loi, que pour des motifs graves. Il apprécie souverainement leur gravité (3). Elle peut consister, par exemple, soit dans l'urgence d'un voyage, soit dans l'imminence d'un accouchement, soit enfin dans l'état de santé de l'un des futurs époux, s'il s'agit d'un mariage *in extremis* (4).

1574. La publication doit contenir toutes les mentions requises par l'art. 63, parmi lesquelles ne figure pas, contrairement à la règle générale de l'art. 34, l'âge des futurs époux : il suffit d'indiquer leur qualité de majeurs ou de mineurs, pour mieux faire apparaître sans doute qu'ils ont besoin ou peuvent se passer du consentement d'autrui (5).

On se demandait, avant la loi de 1907, s'il s'agissait de la majorité matrimoniale ou de la majorité ordinaire, et on se prononçait généralement pour cette dernière majorité. Au-

(1) *Disc. au C. d'El., loc. cit.*, n. 12 ; Demolombe, III, n. 184 ; Laurent, II, n. 419 ; Planiol, I, n. 797 ; Surville, I, n. 164.

(2) Bressolles, *Les mariages in extremis, loc. cit.*, n. 18 et 25. — Cpr. Surville, I, n. 164 ; Campistron, *op. cit.*, n. 30.

(3) Huc, II, n. 88 ; Fuzier-Herman, art. 169, n. 3. — Aix, 18 août 1870, S., 72. 2. 69, D., 71. 2. 249.

(4) *Disc. au C. d'Etat*, Locré, *Lég.*, IV, p. 344 s., n. 41. — Cf. Pothier, *op. cit.*, n. 78. — Cpr. Béquet, *op. cit.*, n. 725 s. ; Mersier *op. cit.*, n. 251 s.

(5) Demolombe, III, n. 185 ; Béquet, *op. cit.*, n. 698 ; Mersier, *op. cit.*, n. 246 ; Fuzier-Herman, art. 63, n. 1.

jourd'hui la question ne se pose plus, puisque les deux majorités sont toujours confondues.

1575. Il n'y a plus, à la différence de ce qui avait lieu avant la loi de 1907, d'acte de publication. Cet acte est inutile, puisque la publication n'est plus orale, mais écrite. Mais, de même que l'acte qui en était dressé avant la loi de 1907, la publication elle-même doit être transcrite aujourd'hui dans un registre, dit *des publications de mariage* (1), qui, à raison de son importance secondaire, n'est pas tenu double, et dont l'unique exemplaire est déposé en fin d'année au greffe du tribunal civil.

1576. Avant la loi de 1907, les publications étaient orales (2). Elles étaient, par le fait même, fugitives, et n'atteignaient que les personnes qui y assistaient. Aussi devaient-elles être utilement complétées par l'affichage d'un extrait de l'acte qui les constatait. Cet affichage, ordonné par l'ancien art. 64 C. civil, devait durer pendant les huit jours qui séparaient les deux publications.

L'unique publication exigée aujourd'hui se fait exclusivement par la voie d'une affiche, qui doit demeurer apposée à la porte de la maison commune, d'après le nouvel art. 64, première partie, pendant un délai de dix jours : « *L'affiche prévue en l'article précédent,* y est-il dit, *restera apposée à la porte de la maison commune pendant dix jours, lesquels devront comprendre deux dimanches.* »

On a pensé sans doute que, le nombre des illettrés ayant considérablement diminué depuis la diffusion de l'instruction primaire, tout le monde pourrait être informé du projet de mariage par cette affiche, et qu'il était inutile, en conséquence, de maintenir une publication verbale, qui, d'ailleurs,

(1) Ce registre, comme tous les autres registres de l'état civil, est soumis au timbre, même en ce qui concerne les publications de mariage d'indigents. Déc. min. finances, 21 sept. 1899, S., 1900. 2. 312.

(2) Les publications devant être orales, il avait été décidé par le ministre des finances qu'elles ne comportaient par elles-mêmes la rédaction d'aucun écrit à timbrer. Déc. min. finances, 21 sept. 1899, précitée. Mais les extraits de l'acte qui en était dressé, comme l'acte lui-même, étaient soumis au timbre, sauf à être visés pour timbre gratis, quand ils étaient délivrés en vue du mariage d'un indigent. Même décision et décision du 10 juin 1899, *loc. cit.*

depuis longtemps déjà, dans les grandes villes du moins, était purement théorique et n'avait jamais lieu, en fait (1).

1577. Les communes où la publication doit être faite sont déterminées par les art. 166 à 168, modifiés par la loi du 21 juin 1907, et qui sont ainsi conçus : « *La publication ordonnée par l'art. 63 sera faite à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes aura son domicile ou sa résidence* » (art. 166). — « *Si le domicile actuel ou la résidence actuelle n'ont pas été d'une durée continue de six mois, la publication sera faite en outre au lieu du dernier domicile et, à défaut de domicile, au lieu de la dernière résidence ; si cette résidence n'a pas une durée continue de six mois, la publication sera faite également au lieu de la naissance* » (art. 167). — « *Si les parties contractantes, ou l'une d'elles, sont, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui, la publication sera encore faite à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquels elles se trouvent* » (art. 168). Ainsi elle doit être faite, tout d'abord, aux termes de l'art. 166, à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes a son domicile ou sa résidence. La résidence dont il s'agit ici doit être déterminée comme se détermine celle où les époux peuvent se marier, car ce que la loi a voulu, c'est que la publication fût faite au lieu où le mariage doit ou peut se célébrer. En conséquence, cette résidence doit être établie par un mois au moins d'habitation, à la date où se fait la publication. Si, à cette date, le futur époux n'a pas au moins un mois d'habitation dans la commune où il réside, il ne pourra faire la publication qu'au lieu de son domicile, supposé distinct de sa résidence. S'il y a un mois ou plus d'habitation, il pourra la faire là ou au lieu de son domicile, à son choix. Quant au lieu où il a son domicile, il peut toujours y faire la publication, depuis si peu de temps qu'il l'y ait (2).

(1) Cf. notre précédente édition, et Demolombe, III, n. 191 ; Laurent, II, n. 418 et 419; Huc, II, n. 80 ; Planiol, I, n. 793; Surville, I, n. 164 ; Hutteau d'Origny, *op. cit.*, tit. VII, ch. III, § 2, n. 10.

(2) Campistron, *op. cit.*, n. 25. — Pour l'époque antérieure à 1907, cf. notre précédente édition. — Cf. aussi Aubry et Rau, V, § 465, p. 103; Demolombe, III,

Si le domicile ou la résidence actuelle n'ont pas eu une durée continue de six mois, la publication doit être faite, en outre, conformément aux dispositions de l'art. 167, au lieu du domicile, et, à défaut, à celui de la résidence précédente (1). Cette publication au lieu du domicile ou de la résidence précédente n'est exigée que dans ce cas. Le nouvel art. 167 ne laisse aucun doute à cet égard. L'ancien, au contraire, prêtait à controverse, car il paraissait dire que les publications devaient être faites au lieu du dernier domicile, dès que le domicile actuel n'était que ce qu'on appelait alors un domicile matrimonial, c'est-à-dire une résidence de six mois.

Si la publication est ainsi faite au lieu du dernier domicile, cela suffit, quelle que soit la durée de ce dernier domicile. Si, au contraire, à défaut de domicile, elle est faite, au lieu de la dernière résidence, cela ne suffit que dans le cas où cette dernière résidence a eu une durée continue de six mois. Sinon, il faut encore faire la publication au lieu de la naissance (2). Nous pensons toutefois que cette partie de l'art. 167 ne s'applique que si, en remontant dans le passé, on ne trouve pas un seul endroit où le futur époux ait résidé pendant une durée continue de six mois. Alors seulement il sera à présumer que le seul lieu où il puisse être connu est celui de sa naissance.

1578. La publication doit se faire, enfin, suivant l'art. 168, au domicile de ceux sous la puissance desquels se trouvent

n. 189; Duranton, II, n. 230; Valette, *Explic. somm.*, p. 93 s.; Huc, II, n. 89 s.; Fuzier-Herman, art. 166, n. 1 s., et art. 167, n. 1. — Cpr. Demante, I, n. 231 *bis*, II et III; Laurent, II, n. 420. — Sur une conséquence indirecte de cette règle, quant à la détermination du lieu du domicile d'une personne, cf. Trib. Toulouse, 14 déc. 1905, D., 1906. 5. 19.

(1) Quand il s'agit de jeunes gens récemment libérés du service militaire, il n'est pas nécessaire que la publication soit faite dans les villes où ils ont tenu garnison. Elle devrait être faite plutôt à leur ancien domicile ou à leur ancienne résidence avant leur appel sous les drapeaux. Toutefois la publication dans les villes de garnison se justifierait pour ceux dont le domicile ou la résidence précédente se trouveraient inconnus. Cf., sur ce point, une note ministérielle de janvier-mars 1900, qui paraît toujours applicable, même depuis la loi de 1907 (*Lois nouvelles*, 1900. 3. 239).

(2) Cette différence entre les deux hypothèses n'a aucune raison d'être. Cf. Campistron, *op. cit.*, n. 33.

les futurs époux ou l'un d'eux quant au mariage, c'est-à-dire de ceux dont le consentement est requis, et non pas de ceux à qui ils ne sont tenus que de faire une notification de leur projet d'union. Ce n'est pas, en effet, être réellement placé sous la « puissance » de quelqu'un, au sens vrai de ce mot, que d'être seulement obligé de le prévenir de l'intention où on est de se marier, lorsqu'on est libre d'agir contrairement à son avis personnel. Telle était d'ailleurs sur ce point l'opinion commune, sous le régime des actes respectueux, avant la loi de 1907 (1), et même dans notre ancien droit (2).

La publication doit être faite en conséquence au domicile de chacun des ascendants dont le consentement doit être demandé, en quelque nombre qu'ils soient, ce qui peut obliger à les faire dans plusieurs communes, et en quelque lieu que soit situé leur domicile, fût-ce à l'étranger, sauf à suivre en ce cas les formes usitées dans le pays (3).

1579. Elle doit être également faite, suivant la doctrine générale (4), au cas où le conseil de famille doit donner son consentement, non pas sans doute au domicile de chacun de ses membres, car le consentement n'est pas requis de chacun d'eux individuellement, mais bien au lieu où siège ce conseil. A cette solution, qui a pour elle l'esprit et le texte de notre disposition, car le mineur de vingt et un ans est bien, quant au mariage, sous la puissance de celui-ci, on n'a fait que des objections sans portée. D'une part, on peut bien parler, quoi qu'on ait dit, de domicile pour cette assemblée, comme on parle du domicile de la tutelle. D'autre part, cette publication, contrairement à ce qu'on a prétendu, n'est pas

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 103, n. 2; Demolombe, III, n. 190; Toullier, I, n. 562; Demante, I, n. 232; Laurent, II, n. 421; Huc, II, n. 89; Planiol, I, n. 795; Vazeille, I, n. 155. — *Contra :* Marcadé, I, art. 168, n. 578.

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 72.

(3) Circ. min. du 14 mars 1831, S., 36. 2. 342, D., 39. 3. 60; Avis du Com. de législ. du 28 déc. 1823. — Demolombe, III, n. 231; Hutteau d'Origny, *op. cit.*, tit. VII, ch. V, n. 7; Fuzier-Herman, art. 168, n. 3 s.; Béquet, *op. cit.*, n. 696 et 723.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 103, n. 2 et 4; Demolombe, III, n. 190; Demante, I, n. 232 *bis;* Toullier, I, n. 562; Duranton, II, n. 230; Valette sur Proudhon, I, p. 377, note *a;* Huc, II, n. 89; Planiol, I, n. 795; Campistron, *op. cit.*, n. 25-5°; Fuzier-Herman, art. 168, n. 2. — *Contra :* Proudhon, I, p. 377; Laurent, II, n. 422.

non plus inutile, malgré celle qui se fait au domicile du mineur, puisque ce domicile peut être distinct du lieu où siège le conseil. Et si ses membres peuvent habiter en dehors de ce lieu, du moins y a-t-il des chances pour que certains y résident et qu'en se multipliant la publicité atteigne les autres plus sûrement.

Que s'il s'agit d'un enfant naturel sans père ni mère connus, ou dont les père et mère sont morts ou incapables de manifester leur volonté, c'est au siège du tribunal investi des fonctions du conseil de famille que doit se faire, selon nous, la publication, et non au lieu de l'ouverture de la tutelle (1). En effet, si la publication au domicile des personnes sous la puissance de qui se trouvent les futurs époux a principalement pour but de faire connaître à ces personnes, au cas où elles l'ignoreraient, le projet d'union, le plus sûr moyen d'informer le tribunal, en l'espèce, est de faire la publication à l'endroit même où il siège.

1580. La publication une fois faite, il ne peut pas encore être immédiatement procédé à la célébration, car il faut donner aux oppositions le temps d'apparaître. Aussi l'art. 64, texte de 1907, dispose-t-il dans sa deuxième partie : « *Le » mariage ne pourra être célébré avant le dixième jour, depuis » et non compris celui de la publication* »; c'est-à-dire qu'il doit s'écouler neuf jours francs entre cette dernière et le mariage, ou, d'une façon plus précise encore, que, si la publication a été faite un samedi, le mariage ne peut être célébré au plus tôt que le second mardi qui suit (2). Et il va de soi que, si la publication a été faite dans diverses communes à des dates différentes, c'est à la dernière date qu'il faut s'attacher, sans qu'il y ait, d'ailleurs, à se préoccuper de l'heure, dans le cas où la publication a été faite dans ces diverses communes le même jour (3).

(1) *Contra :* Campistron, *op. cit.*, n. 26.

(2) Cpr. Aubry et Rau, V, § 465, p. 105, n. 11; Demolombe, III, n. 186; Toullier, I, n. 566; Duranton, II, n. 229; Laurent, II, n. 423; Huc, II, n. 88; Planiol, I, n. 796; Surville, I, n. 164; Vazeille, I, n. 157; Fuzier-Herman, art. 64, n. 1 s.; Mersier, *op. cit.*, n. 250. — Cpr. Aix, 18 août 1870, S., 72. 2. 69, D., 71. 2. 249.

(3) Demolombe, III, n. 186; Demante, I, n. 233 *bis;* Richelot, I, p. 241, note 5;

Les dispositions de la seconde phrase de l'art. 64 doivent, du reste, être combinées avec celles de la première phrase, qui exigent que les dix jours pendant lesquels doit demeurer apposée l'affiche de publication comprennent deux dimanches. En conséquence, les dix jours qui doivent s'écouler entre la publication et le mariage, doivent être dix jours utiles et comprendre deux dimanches. On aurait beau faire la publication un jour quelconque de la semaine avant le vendredi, le mariage ne pourrait être célébré, dans tous les cas, que le second lundi après [1].

1580 ***bis.*** Avant la loi de 1907, le délai qui devait s'écouler entre la seconde publication et le mariage était un délai de deux jours francs, qui devait être observé, encore qu'on ait obtenu dispense de la seconde publication. Si pressantes que fussent les circonstances, le mariage pouvait être célébré, au plus tôt, le troisième jour après celui de l'unique publication [2]. Rationnellement en effet cette dispense ne pouvait avoir d'autre résultat que de supprimer l'intervalle exigé par la loi entre les deux publications : la seule qui était faite équivalait alors aux deux, mais elle ne valait pas davantage; or elle aurait valu plus, si elle avait autorisé la célébration immédiate du mariage. Au surplus, remarquait-on, il fallait bien un délai quelconque pour donner aux oppositions le temps de se produire, et il était tout à fait arbitraire de le fixer à vingt-quatre heures, comme on l'avait proposé [3], pour les cas d'extrême urgence. — On n'en devait pas moins regretter la nécessité de cette attente pour le cas d'un mariage *in extremis,* que le plus léger retard pouvait rendre impossible [4].

Mais, depuis la loi de 1907, le Procureur de la République peut dispenser, dans les cas graves, on l'a vu, de l'unique

Coin-Delisle, art. 64, n. 2; Fuzier-Herman, art. 64, n. 2. — *Contra :* Hutteau d'Origny, *op. cit.*, tit. VII, ch. III, § 2, n. 25.

[1] Sur l'inconvénient de la nouvelle loi à ce point de vue, cf. Campistron, *op. cit.*, n. 32.

[2] Cf. *supra,* p. 214, note 2.

[3] Marcadé, I, art. 169, n. 581.

[4] Bressolles, *op. cit.*, n. 18 et 25; Campistron, *op. cit.*, n. 30.

publication exigée aujourd'hui. Il n'y avait donc pas de raison pour ne pas lui reconnaître aussi le droit de dispenser de tout délai pour le mariage, quand les circonstances lui paraissent l'exiger. C'est ce qu'a fait la loi de 1907. En conséquence, si besoin est, les mariages *in extremis* pourront se faire désormais sans délai (1).

1581. Du reste, le délai exigé entre la publication et le mariage ne saurait être allongé par le fait que l'un des époux à été obligé de notifier son projet d'union à ses père et mère : la publication peut être faite pendant le délai qui doit s'écouler entre la célébration du mariage et la date de la notification. Il suffit en effet que les conditions requises pour le mariage existent au jour de la célébration; il n'est pas nécessaire qu'elles soient déjà réalisées au jour où la publication est faite (2). — Et, de même, une opposition survenue avant que la publication eût été effectuée, n'aurait certainement pas pour résultat d'empêcher d'y procéder jusqu'à la mainlevée, car, si cette opposition fait obstacle à la célébration du mariage, elle n'enlève pas aux futurs époux la faculté d'accomplir les formalités préparatoires à cette célébration (3).

1582. Il y a enfin un délai après lequel, la publication étant périmée, le mariage ne peut pas être célébré avant qu'elle ait été renouvelée. Sa force a paru être alors épuisée, et le souvenir de la publicité qui en est née, perdu, de telle sorte que le mariage doit être annoncé à nouveau. « *Si le mariage* » *n'a pas été célébré dans l'année,* dit l'art. 65, texte de 1907, » *à compter de l'expiration du délai de la publication, il ne* » *pourra plus être célébré qu'après une nouvelle publication* » *faite dans la forme ci-dessus.* »

Ce délai, qui est d'une année, court de l'expiration du délai de la publication, c'est-à-dire du jour où a pris fin la période pendant laquelle la célébration du mariage est interdite : ce n'est que de ce jour, en effet, que les parties ont la liberté de

(1) Campistron, *op. cit.*, n. 30.

(2) Trib. Seine, 15 avril 1897, D., 98. 2. 419.

(3) Demolombe, III, n. 183; Coin-Deliste, art. 64, n. 7; Fuzier-Herman, art. 68, n. 10.

se marier (1). Le dixième jour qui suit la publication sert donc de point de départ à l'année, et il y figure (2), contrairement à l'opinion de beaucoup d'auteurs, qui se prévalent de la règle *dies a quo non computatur in termino*. Le mariage, étant possible en effet ce jour-là, pourrait être célébré, non pendant une année, mais pendant un an et un jour, si on n'en tenait pas compte.

Du reste, si le projet de mariage avait dû être publié dans plusieurs communes et s'il l'avait été à des dates différentes, la péremption agirait individuellement sur chacune des publications ainsi faites, de telle sorte qu'il se pourrait que certaines seulement dussent être renouvelées (3).

II. *De la remise des pièces.*

1583. En vue de lui permettre de s'assurer que toutes les conditions requises pour la validité du mariage qu'il va célébrer sont remplies, l'officier de l'état civil doit recevoir des parties un très grand nombre de pièces, dont l'énumération suit :

1° L'acte de naissance de chacun des futurs époux, ou l'acte de notoriété qui en tient lieu : « *L'officier de l'état civil se* » *fera remettre l'acte de naissance de chacun des futurs* » *époux* » (art. 70, 1er al.). Cet acte porte en marge, le cas échéant, comme on le verra, la mention du mariage que l'un ou l'autre aurait pu antérieurement contracter, depuis que l'art. 76 C. civ. a été complété en ce sens par la loi du 17 août 1897. Mais cette prescription aurait pu rester sans résultat, s'il avait été loisible aux parties de produire à l'officier municipal des extraits déjà anciens et depuis la délivrance desquels leur état aurait pu se modifier. C'est pourquoi cette même loi a ajouté au § 1er de l'art. 70 une disposition qui

(1) Aubry et Rau, V, § 465, p. 105, n. 12; Demolombe, III, n. 187; Laurent, II, n. 423.

(2) Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, *loc. cit.*; Huc, II, n. 87; Hutteau d'Origny, *op. cit.*, tit. VII, ch. III, § 2, n. 27; Coin-Delisle, art. 65, n. 2; Fuzier-Herman, art. 65, n. 1. — Cpr. Planiol, I, n. 798. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.*; Toullier, I, n. 567, note; Duranton, II, n. 229; Delvincourt, I, p. 69, note 2.

(3) Demolombe, III, n. 188. — *Contra :* Fuzier-Herman, art. 65, n. 2.

oblige chacune d'elles à produire un acte de date relativement récente : « *Cet acte ne devra pas avoir été délivré* » *depuis plus de trois mois, s'il a été délivré en France, et* » *depuis plus de six mois, s'il a été délivré dans une colonie* » *ou dans un consulat* » (1). Il est peu vraisemblable, en effet, qu'un individu puisse dans un délai si court devenir bigame, en contractant coup sur coup deux unions (2).

1584. Mais il se peut que l'un des futurs époux ne puisse, à la suite de quelque circonstance que ce soit, d'un des faits prévus par l'art. 46, par exemple, ou d'une invasion, de troubles politiques (3), produire son acte de naissance : « *Celui* » *des époux qui serait dans l'impossibilité de se le procurer,* » *pourra le suppléer, en rapportant un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu de sa naissance, ou par celui* » *de son domicile* » (art. 70, 2e §). L'acte est donc remplacé, mais pour cet objet seulement (4), et il doit nécessairement l'être (5), par un acte de notoriété, dont les formes sont spécifiées par les art. 71 et 72, ainsi conçus : « *L'acte de notoriété contiendra la déclaration faite par sept témoins, de* » *l'un ou de l'autre sexe, parents ou non parents, des prénoms, nom, profession et domicile du futur époux, et de* » *ceux de ses père et mère, s'ils sont connus; le lieu, et, autant* » *que possible, l'époque de sa naissance, et les causes qui* » *empêchent d'en rapporter l'acte. Les témoins signeront l'acte* » *de notoriété avec le juge de paix; et s'il en est qui ne puissent*

(1) La loi du 17 août 1897 n'ayant pu imposer qu'aux officiers de l'état civil français l'obligation de mentionner le mariage en marge de l'acte de naissance de chacun des époux, et la prescription de l'art. 70 C. civ., texte de 1897, n'ayant pour objet que de rendre efficace la publicité réalisée par ladite mention, il s'en suit que cette prescription ne s'applique pas aux actes de naissance délivrés à l'étranger par les officiers publics locaux. Ces actes peuvent être produits en vue du mariage, à quelque époque qu'ils aient été délivrés.

(2) Sur un inconvénient possible de la prescription de l'art. 70 C. civ., texte de 1897, sur le moyen d'y remédier proposé par M. l'abbé Lemire, et sur l'appréciation critique de cette proposition, cf. E. Sermet, *La question du casier civil, Lois nouvelles*, 1907, 2e partie, p. 83, note 1.

(3) Aubry et Rau, V, § 466, p. 107, n. 3; Vazeille, I, n. 182.

(4) Demolombe, III, n. 192; Demante, I, n. 235; Toullier, I, n. 358; Coin-Delisle, art. 70, n. 3; Béquet, *op. cit.*, n. 734; Fuzier-Herman, art. 70, n. 1 s.

(5) Demolombe, *loc. cit.*; Coin-Delisle, art. 70, n. 2; Fuzier-Herman, art. 70, n. 5. — *Contra* : Hulteau d'Origny, tit. VII, ch. III, § 1, n. 12.

» *ou ne sachent signer, il en sera fait mention* » (art. 71). — « *L'acte de notoriété sera présenté au tribunal de première* » *instance du lieu où doit se célébrer le mariage. Le tribunal,* » *après avoir entendu le procureur du Roi, donnera ou refu-* » *sera son homologation, selon qu'il trouvera suffisantes ou* » *insuffisantes les déclarations des témoins, et les causes qui* » *empêchent de rapporter l'acte de naissance* » (art. 72). Il ressort, du reste, des travaux préparatoires (1) que la décision du juge appelé à statuer sur la valeur de l'acte de notoriété et des témoignages qu'il contient est susceptible d'appel (2).

1585. 2° Les actes, réguliers en la forme (3), constatant l'existence du consentement requis de la famille (ascendants, conseil de famille, tribunal), lorsque du moins les personnes appelées à le donner ne doivent pas assister à la célébration du mariage (4), ou l'accomplissement de la formalité de la notification du projet de mariage, s'il a dû en être fait une (5).

3° Les actes (6) constatant le décès des ascendants les plus proches, dont le consentement serait requis dans la circonstance ou à qui on devrait notifier le projet de mariage, ou l'impossibilité dans laquelle ils se trouvent de manifester leur volonté.

4° L'autorisation de contracter mariage donnée par l'autorité militaire au futur époux qui appartient à l'armée de terre ou de mer, ou le certificat de libération du service qui justifie que cette autorisation n'est pas requise, ou enfin celle du ministre des affaires étrangères, qui est exigée lorsque le futur époux est fonctionnaire de la carrière consulaire ou diplomatique.

5° Une expédition authentique des différentes dispenses (d'âge, de parenté, d'alliance, de publication ou de tout délai consécutif) qui ont pu être accordées. Elle est délivrée,

(1) Locré, *Lég.*, III, p. 86, n. 20.
(2) Mersier, *op. cit.*, n. 295. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 107, n. 4.
(3) Cf. *supra*, n. 1487 s.
(4) Merlin, *Rép.*, v° *Mar.*, sect. IV, § 1, art. 2, n. 5; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 107, n. 7; Demolombe, III, n. 55 et 192; Toullier, I, n. 570.
(5) Campistron, *op. cit.*, n. 14 *in fine*.
(6) Cf. *supra*, n. 1460 s., 1470, 1478, 1501 s.

pour les premières, par le greffier du tribunal civil, et, pour la dernière, par le secrétaire de la mairie où est déposé l'acte de dispense lui-même (arrêté du 20 prairial an XI, art. 4 et 5).

6° L'acte de décès ou la transcription du jugement ou de l'arrêt de divorce, constatant la dissolution du mariage antérieurement contracté par l'un des futeurs époux (Avis du C. d'Etat du 17 germinal an XIII).

7° Les certificats constatant que la publication a été faite dans les différentes communes où la prescrit la loi, quand elle la prescrit dans d'autres communes que celle où le mariage est célébré : « *Si les publications*, dit l'art. 69-2° » partie (1), *ont été faites dans plusieurs communes, les par-* » *ties remettront un certificat délivré par l'officier de l'état* » *civil de chaque commune, constatant qu'il n'existe point* » *d'opposition* ». Les certificats devraient faire mention des oppositions, au contraire, s'il en existait.

8° Une expédition de la main-levée des oppositions, s'il en a été formé (art. 67 et 68).

9° Enfin, s'il a été fait un contrat de mariage, le certificat dont la délivrance est prescrite au notaire qui l'a reçu par l'art. 1394, 3e al., depuis la loi du 10 juillet 1850.

Quant au certificat dont la production est, paraît-il, exigée à Paris, et par lequel le propriétaire ou le concierge de la maison où habite le futur époux constate le temps pendant lequel il y a demeuré, il n'est pas prévu par la loi, et n'est pour l'officier municipal qu'un moyen de s'assurer de l'identité de celui qu'il marie (2).

1586. Il est possible que les actes de l'état civil qui doivent être produits par les futurs époux contiennent des erreurs ou des omissions : par faveur pour le mariage, un avis du conseil d'Etat des 19-30 mars 1808 les dispense de

(1) Les rédacteurs de la loi de 1907 ont oublié de modifier cet article et de le mettre en harmonie avec leur loi, qui n'exige qu'une publication.

(2) Cf., pour l'énumération des pièces à fournir, Planiol, I, n. 833. — Pour le cas où les actes de l'état civil à produire auraient été reçus dans la commune où se célèbre le mariage, cf. une circ. du garde des sceaux du 10 décembre 1900, *Lois nouvelles*, 1901. 3. 59.

recourir à la procédure de la rectification, lorsque ces irrégularités sont peu graves. Si le nom d'un des futurs n'est pas orthographié dans son acte de naissance comme celui de son père ou qu'on y ait omis quelques prénoms de ses parents, il peut être passé outre à la célébration du mariage, sur l'attestation de l'identité du futur époux, donnée par les père et mère ou aïeux, oralement ou dans l'acte écrit de leur consentement, suivant qu'ils sont présents ou non au mariage. S'ils sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur sentiment par quelque autre cause, cette attestation doit émaner, pour les mineurs, du conseil de famille, et, pour les majeurs, des quatre témoins qui assistent les époux. — S'il a été omis une lettre ou un prénom dans l'acte de décès des ascendants, la déclaration à serment des personnes dont le consentement est nécessaire pour les mineurs, et celle des parties et des témoins pour les majeurs, sont aussi suffisantes. Mais, dans tous les cas, ces expédients n'équivalent pas à une véritable rectification, et il ne doit pas être touché aux registres de l'état civil.

1587. Enfin, en vue de faciliter spécialement le mariage des indigents, une loi des 10-18 décembre 1850 a chargé l'officier de l'état civil de la commune où ils déclarent vouloir se marier, de réunir les pièces qui leur sont nécessaires, tout en lui permettant dans ce but d'emprunter l'entremise des procureurs de la République. Ceux-ci peuvent d'ailleurs « dans les mêmes cas, agir d'office et procéder à tous actes d'instruction préalables à la célébration du mariage » (art. 1 et 2 de la loi), et ils doivent poursuivre de même « tous jugements de rectification ou d'inscription des actes de l'état civil, toutes homologations d'actes de notoriété, et généralement tous actes judiciaires ou procédures » nécessaires à ces mariages (art. 3). Enfin, aux termes de l'art. 4, modifié par la loi du 20 juin 1896, « les extraits des registres de l'état civil, les actes de notoriété, de consentement, de publication, de délibérations du conseil de famille, les certificats de libération du service militaire, les dispenses pour cause de parenté, d'alliance ou d'âge, les actes de reconnaissance des enfants naturels, les actes de procédure, les jugements et arrêts

dont la production sera nécessaire dans les cas prévus par l'art. 1er, seront visés pour timbre et enregistrés gratis, lorsqu'il y aura lieu à enregistrement (1). — Il ne sera perçu aucun droit de greffe ni aucun droit de sceau au profit du Trésor sur les minutes et originaux, ainsi que sur les copies ou expéditions qui en seraient passibles. — L'obligation du visa pour timbre n'est pas applicable aux publications civiles ni aux certificats constatant la célébration civile du mariage. — Les actes respectueux (aujourd'hui les notifications qui les ont remplacés) comme les actes de consentement seront exempts de tous droits, frais et honoraires, à l'égard des officiers ministériels qui les recevront (ou feront); il en sera de même pour les actes de consentement reçus, à l'étranger, par les agents diplomatiques ou consulaires français. » Ce dernier alinéa est dû à la loi de 1896 (art. 6), qui, pour donner de nouvelles facilités au mariage, a étendu les faveurs de la loi de 1850 (2).

N° 2. Des formalités constitutives de la célébration du mariage.

1588. Dans quelle commune doit être célébré le mariage?

Avant la loi de 1907, la question était très discutée en doctrine, et il est même peu de questions d'un pareil intérêt pratique qui l'aient été autant. La difficulté venait des art. 74 et 165, entre lesquels semblait exister une antinomie que ne contribuaient pas à concilier les dispositions des art. 166 et 167.

Du texte ancien de l'art. 165 : « Le mariage sera célébré » publiquement, devant l'officier civil du domicile de l'une » des deux parties », il paraissait nettement résulter qu'il devait être procédé à la célébration là où l'un des époux avait son domicile général ou ordinaire, car rien n'y indiquait qu'il pût s'agir d'un domicile spécial quant au mariage. Et

(1) Avant la loi de 1907, et depuis celle de 1896, il fallait ajouter les actes respectueux; mais, aujourd'hui, les notifications qui les ont remplacés sont toujours visées pour timbre et enregistrées gratis, quand même le futur époux ne serait pas indigent Cf. l'art. 154 C. civ., modifié par cette loi, et *supra*, n. 1522.

(2) Sur l'insuffisance de la loi de 1850, malgré le concours actif de la société de Saint-Jean-François-Régis, fondée à Paris, en 1826, pour rechercher et réunir les actes nécessaires au mariage des indigents, cf. Planiol, I, n. 834.

cette induction eût été confirmée par l'ancien art. 74, qui commençait par cette phrase : « le mariage sera célébré dans » la commune où l'un des deux époux aura son domicile », s'il n'eût ajouté aussitôt après : « Ce domicile, quant au ma- » riage, s'établira par six mois d'habitation continue dans la » même commune. » Est-ce donc que le domicile matrimonial ne s'établissait que par six mois de résidence, comme semblait le dire la seconde partie de cette disposition, ou bien était-il permis de se marier aussi bien au domicile général qu'à ce domicile spécial ?

La plus simple façon d'accorder les deux textes était de supposer que l'art. 165 se référait tacitement à l'art. 74, et que le domicile dont il parlait était celui que ce dernier établissait, de telle sorte que le mariage ne pût être célébré qu'au lieu où l'un des époux avait six mois d'habitation continue, qu'il eût ou non dans ce lieu son domicile ordinaire. Et tel était le sentiment d'un très grand nombre de jurisconsultes (1), qui le fondaient sur les motifs suivants.

D'abord, disaient-ils, déjà dans notre ancien droit on ne s'attachait qu'à la résidence, conformément à l'édit de mars 1697 : « Le curé des parties, écrivait Pothier (2), est celui du lieu où elles font leur résidence ordinaire... Lorsqu'une personne a transféré sa demeure d'un lieu dans un autre, pour que le curé du lieu de sa demeure actuelle soit compétent pour la marier, il faut qu'il y ait au moins six mois qu'elle y soit demeurante, lorsqu'elle sort d'une paroisse du même diocèse, ou un an entier, lorsqu'elle sort d'un autre diocèse. » Et la loi du 20 septembre 1792 ne fit guère que reproduire cette décision en d'autres termes, en l'adaptant au nouvel état de choses : « Le domicile, quant au mariage, est fixé par une habitation de six mois dans le même lieu » (tit. IV, sect. 2, art. 2). Or n'était-ce pas cette disposition qui se retrouvait, presque mot pour mot, dans l'art. 74 ? Sans doute l'art. 165 était moins net, puisqu'il ne parlait plus simplement que de domi-

(1) Maleville, *Analyse rais.*, I, p. 181 ; Duranton, II, n. 220 s. ; Delvincourt, I, p. 71, note 2 ; Marcadé, I, art. 74-I et II, n. 588 s. ; Demante, I, n. 228 et 228 *bis*. I ; Laurent, II, n. 412-416.

(2) *Op. cit.*, n. 355 et 356.

cile ; mais pourquoi ? Parce que la règle avait été déjà posée à cet égard par l'art. 74, auquel il n'y avait donc plus qu'à se référer : toute répétition eût été inutile en présence de ses termes, qui, bien pesés, ne laissaient, suivant ces auteurs, aucune place au doute. Après avoir indiqué en effet que le mariage serait célébré au lieu du domicile de l'un des époux, il spécifiait clairement que ce domicile, quant au mariage, s'établirait par une résidence de six mois. Toutes ses expressions concouraient ainsi à montrer avec la dernière évidence que le mariage ne pouvait être célébré, du chef de la personne de chaque époux, qu'en un lieu unique, sans qu'il eût aucune faculté de choisir à cet égard, et que ce lieu, déterminé spécialement quant au mariage, était tout à fait indépendant de celui où était situé le domicile général.

Et c'était à bon droit, ajoutaient-ils, que la loi avait apporté cette limitation aux effets ordinaires de ce domicile. Elle voulait que l'union fût célébrée là où l'un des époux tout au moins était connu, et la détermination de ce lieu se liait à la publicité qu'elle cherchait à organiser autour du mariage. Or ce désir n'eût certes pas été satisfait, s'il avait pu être célébré dans une localité où l'une des parties aurait eu, quelques jours auparavant, transporté son domicile. Rien ne leur fût devenu plus facile que d'éluder des oppositions qui auraient surgi, à coup sûr, si elles s'étaient mariées là où elles étaient connues. Que si on leur objectait que ce danger était chimérique, parce qu'il aurait fallu alors faire des publications au dernier domicile, ils répondaient que c'était ajouter à la loi que de les tenir pour nécessaires, car l'art. 167, le seul dont on pût songer à se prévaloir, n'exigeait ces publications que des futurs époux qui se mariaient au lieu de leur résidence, sans y avoir en même temps leur domicile ordinaire. En définitive, selon eux, le mieux était, pour assurer une publicité sérieuse au mariage, de faire ici abstraction du domicile général, où les personnes pouvaient être parfois à peu près inconnues, et de leur imposer, au prix même de quelques inconvénients, avant de les admettre à cette solennité, un établissement d'une stabilité suffisante pour qu'un événement de cette importance ne pût passer

inaperçu. Et c'est ce qu'avaient fait précisément, après leurs prédécesseurs, les rédacteurs du code civil.

C'était bien ainsi, du reste, qu'avait été interprétée leur pensée par le conseil d'Etat, dans son avis des 2e et 4e jours complémentaires de l'an XIII. Il décidait en effet que les militaires, lorsqu'ils se trouvaient sur le territoire de l'Empire, ne pouvaient contracter mariage que devant les officiers de l'état civil des communes où ils avaient résidé sans interruption pendant six mois, ou devant l'officier de l'état civil de la commune où leurs futures épouses avaient acquis le domicile fixé par l'art. 74 du code civil. Or, si cet avis ne statuait que sur le mariage des militaires, l'intention de ses auteurs avait été de leur appliquer le droit commun, ainsi que le prouvaient ses considérants, uniquement fondés sur les décisions combinées des deux art. 74 et 165.

Dans cette opinion, les deux publications alors exigées devaient être faites, d'abord, au lieu du domicile matrimonial, établi par six mois de résidence : c'est ce que décidait, aux yeux de ses partisans, l'art. 166, qui se référait tacitement à l'art. 74 comme l'art. 165, avec lequel il avait le lien le plus étroit par sa place et par son objet, puisqu'il poursuivait le même but de publicité. Mais il se pouvait que le domicile matrimonial fût établi en un autre lieu que celui où était situé le domicile ordinaire : c'était pour cette hypothèse assez rare, et qui ne constituait pas en tout cas la règle générale, que l'art. 167, dont les termes « néanmoins » annonçaient une exception, prescrivait en outre les publications à la municipalité de ce « dernier domicile », où les futurs époux avaient des relations, puisque c'était là que se trouvait leur principal établissement. On devait donc entendre par « dernier domicile » celui que, de fait, les parties avaient abandonné pour aller résider là où elles devaient se marier, tout en le conservant en droit comme le siège légal de leur personne. Il n'y avait lieu dès lors qu'à une publication unique lorsque son siège et celui du domicile matrimonial coïncidaient, comme le sous-entendait l'art. 166 (1).

(1) Demante, I, n. 231 et 231 *bis*, I-III; Laurent, II, n. 420.

1589. Si fortement appuyé qu'il fût, ce système n'avait pas prévalu, et ses inconvénients pratiques n'avaient pas peu contribué à ce résultat. Il ne tendait à rien moins, en effet, qu'à priver, pendant plusieurs mois, de la faculté de se marier en un certain lieu, des personnes qui, si elles y avaient leur domicile, n'y avaient pas encore une résidence de six mois. Se pouvait-il que le législateur, qui entourait, même alors, le mariage d'une si grande faveur, eût voulu y apporter une pareille entrave? Pour l'admettre, il aurait fallu des textes bien précis, et les nôtres n'avaient à aucun titre ce caractère. M. Laurent, l'un de ceux qui avaient le plus vigoureusement développé cette doctrine, était peu frappé de ses fâcheuses conséquences, dont l'interprète n'avait pas d'ailleurs, selon lui, à s'occuper. Mais tous ses partisans ne se montraient pas aussi insensibles à cet ordre de considérations, et il n'était pas sans intérêt de constater les efforts qu'ils déployaient pour échapper aux résultats de leur système.

Marcadé (1) se prévalait du droit canonique (2) pour prétendre que le domicile matrimonial acquis par un séjour de six mois ne se perdait que par l'établissement d'un domicile tout semblable, conformément aux règles du domicile général lui-même, et soutenait par suite qu'une personne pouvait revenir, pour se marier, au domicile antérieur qu'elle avait quitté, tant qu'elle n'avait pas acquis ailleurs une résidence d'une égale durée. Mais on lui avait fait observer de toutes parts que l'habitation exigée par l'art. 74 devait être « continue », c'est-à-dire non interrompue au moment du mariage, et que dès lors l'abandon véritable du domicile matrimonial en entraînait la perte nécessaire et immédiate.

Allant plus loin dans la voie des corrections, d'autres auteurs, comme Demante (3), avaient admis qu'il était permis de se marier même au lieu du domicile général, dès qu'on y avait, dans un temps quelconque, réellement habité sans interruption pendant six mois, et lors même qu'un séjour aussi long eût fait acquérir ailleurs un domicile spécial pour

(1) I, art. 74-II, n. 592. — Cf. Coin-Delisle, art. 74, n. 7.
(2) Gibert, *65e consult.*, I, p. 356.
(3) I, n. 228 *bis*, I et II. — Cpr. Richelot, I, n. 174, note 10.

le mariage. Mais cette interprétation s'exposait d'abord à la même objection que la précédente, car, ainsi qu'on le reconnaissait, les six mois d'habitation continue exigés par la loi n'auraient pas été nécessairement les six mois qui précédaient immédiatement le mariage ; et au fond cette habitation aurait pu n'être plus qu'un lointain souvenir au jour de la célébration, alors que, si la loi requérait la continuité, c'était apparemment pour qu'il y eût un lien suffisamment étroit entre les parties et le lieu où il était célébré. Puis, d'autre part, elle introduisait sous ce rapport une distinction que les termes de l'art. 74 ne comportaient pas, puisque, de l'aveu de Demante, pour le domicile spécial tout au moins, la résidence aurait dû immédiatement précéder le mariage. Ce même auteur (1) avait cru pouvoir enfin apporter, quoique « fort timidement », un nouveau tempérament à sa théorie. S'étayant de l'autorité de l'ancien droit et de l'art. 15 de l'Ordonnance du 23 octobre 1833, il se déclarait tenté de conclure qu'on pouvait toujours se marier à la résidence actuelle, quelque nouvelle qu'elle fût, surtout si c'était au lieu du principal établissement, en faisant publier dans la commune du précédent domicile. Mais, en permettant de célébrer le mariage même en un lieu où la résidence était d'une durée inférieure à six mois, sans que ce lieu se confondît avec celui où était situé le domicile, cette concession violait ouvertement l'art. 74 ; et de plus elle ruinait la théorie qu'elle prétendait tempérer, en autorisant la célébration au siège du principal établissement, si court qu'eût été le séjour qu'on y avait fait, pour se rapprocher par ce côté de la doctrine à laquelle nous croyions devoir nous rallier. La vérité était que le souci des nécessités pratiques obligeait les jurisconsultes qui n'y étaient pas insensibles à sortir de l'étroit système où ils avaient pensé pouvoir s'enfermer, pour leur donner des satisfactions qui ne pouvaient manquer de le compromettre.

Les fondements de ce système, pratiquement si défectueux, étaient-ils du moins aussi solides qu'on le répétait? Il s'en fallait de beaucoup. Les précédents historiques lui étaient

(1) I, n. 228 *bis*, III.

tout d'abord, quoi qu'on eût dit, bien plutôt défavorables. Même dans l'ancien régime, on voit, en effet, si on prend en son entier le témoignage de Pothier (1), que le mariage pouvait être célébré en un lieu où on avait transféré son domicile depuis moins de six mois ou d'un an, à la simple condition de produire « un certificat de publication de bans du curé de la paroisse d'où l'on était sorti ». Et ce qui prouve qu'on s'attachait dès cette époque beaucoup plus au domicile qu'à la résidence, c'est cette autre décision du même jurisconsulte (2) : « Lorsqu'une personne demeure une partie de l'année dans un lieu et une autre partie dans un autre, son curé est celui du lieu où est sa principale demeure, où elle fait ses pâques, où elle a coutume de se dire *demeurante* dans les actes qu'elle passe, où elle est imposée aux charges publiques. » Or ces errements, loin d'avoir été répudiés par le droit intermédiaire, en avaient reçu une formelle confirmation, car la disposition de la loi de 1792 fut expressément interprétée par le décret du 22 germinal an II en ce sens que « l'esprit de la loi ne pouvait être d'empêcher que l'acte de mariage fût reçu dans le lieu du domicile actuel de l'une des parties qui voulaient se marier, pourvu qu'elles eussent rempli la formalité de la publication des promesses dans le dernier domicile où les parties contractantes avaient demeuré au moins six mois » (3).

Le code civil avait-il modifié cet état de choses? C'est ce que ne démontraient nullement les travaux préparatoires. Tout au contraire, comme en convenaient d'ailleurs certains des partisans (4) de l'opinion que nous combattons, à la question qu'on s'était posée de savoir si la faculté de faire célébrer le mariage au lieu de la résidence était exclusive du droit d'y faire procéder au domicile, Tronchet avait répondu catégoriquement par la négative. Et comme Bigot-Préameneu objectait qu'il y aurait plus de publicité là où l'un des futurs époux habitait depuis six mois, Tronchet (5) répliqua, en

(1) *Op. cit.*, n. 356.
(2) *Op. cit.*, n. 355.
(3) Planiol, I, n. 853-1°.
(4) Demante, I, n. 228 *bis*, I.
(5) Locré, *Lég.*, IV, p. 342 s., n. 5 et 6.

formulant tout entière la doctrine que nous acceptions : « La publicité du mariage a pour objet de donner aux personnes intéressées à l'empêcher le moyen de former leur opposition : or le domicile d'un homme est toujours plus certain et plus connu que sa résidence. La disposition qui permet de célébrer le mariage dans le lieu de la résidence n'est qu'une exception à la règle générale. D'ailleurs, les publications sont faites, et au lieu de la résidence et au lieu du domicile » (1).

Cette intention, clairement manifestée, des rédacteurs du code, d'autoriser par faveur pour le mariage sa célébration à la fois au domicile général et dans l'endroit où l'on avait une habitation suffisamment prolongée, était loin d'avoir été trahie par les textes, puisque l'art. 165, posant le principe au siège même de la matière, ne parlait plus, sans autre précision, que du domicile, comme l'avait fait lui-même l'art. 74 dans sa première partie. Comment douter alors que, dans la seconde, cette dernière disposition, loin de rétrécir le cercle des localités où l'on pouvait se marier, ne fît que donner aux parties des facilités nouvelles?

A vrai dire, il n'y aurait eu aucune bonne raison pour retirer, en matière de mariage, au domicile général, ses effets ordinaires. Eût-il été logique d'y réputer en principe la personne toujours présente, et par conséquent mieux connue que partout ailleurs pour présumer à titre exceptionnel qu'elle y était ignorée, lorsqu'il s'agissait pour elle de s'y marier? Mais qu'est donc le domicile, sinon le lieu où elle a son principal établissement, et partant la plus grande partie de ses relations, ainsi que le reconnaissaient MM. Demante et Laurent eux-mêmes? (2) La loi n'avait pas pu pourtant se contredire, et supposer, suivant les objets, qu'une personne serait plus connue tantôt ici, tantôt là! L'eût-elle été d'ailleurs davantage, quant au mariage, au lieu de sa résidence? Tronchet avait répondu par avance à cette prétention : de fait le futur époux pouvait être presque complètement inconnu

(1) Planiol, I, n. 853-2°.
(2) Demante, I, n. 231 *bis*, I; Laurent, II, n. 420.

au lieu où il habitait depuis six mois, et où il ne s'était transporté peut-être que pour échapper à la publicité dont eût été entourée son union au siège de son domicile. Si celle-ci avait quelques chances de ne pas passer inaperçue, c'était bien plutôt quand elle était célébrée là où la permanence de l'établissement de l'époux et la multiplicité de ses intérêts l'exposaient en quelque sorte aux regards de tous.

Vainement objectait-on que la possibilité du mariage au domicile ordinaire pouvait faciliter des fraudes et permettre de prévenir des oppositions, par la faculté reconnue aux parties de transférer leur siège légal, quelques jours avant leur union, là où nul ne les connaissait. Ces calculs n'auraient été réalisables en effet que si elles n'avaient pas été obligées, comme nous croyions qu'elles l'étaient, à effectuer en ce cas des publications au lieu de leur domicile antérieur. La règle, posée par l'art. 166, était que chacun des futurs époux devait faire faire les publications au lieu où il avait « son domicile », c'est-à-dire apparemment son domicile général (1). Mais il était possible que le mariage fût célébré au domicile spécial : en ce cas, exceptionnel d'ailleurs dans la réalité, l'art. 167 imposait l'obligation des publications à la municipalité du « dernier domicile », c'est-à-dire du domicile véritable, précisément parce que les futurs époux y étaient à tout le moins aussi connus qu'au lieu de la résidence et que leur union y intéressait au moins autant de personnes (2). *A fortiori* devait-on conclure de cet article que, si elle était célébrée dans une localité où ils étaient domiciliés sans y avoir une résidence de six mois, les publications devaient être faites au précédent domicile, qui était bien plus alors réellement le « dernier » que dans l'hypothèse précédente (3) : si elles étaient nécessaires, en effet, lorsqu'on se mariait là où l'on séjournait depuis au moins six mois, comment ne l'eussent-elles pas été lorsque le mariage intervenait en un lieu que l'on n'habitait peut-être que depuis quelques jours,

(1) Aubry et Rau, V, § 465, p. 103.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 103, n. 1; Planiol, I, n. 854.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, III, n. 203; Valette sur Proudhon, I, p. 387; Huc, II, n. 89 et 91.

quoiqu'on y fût domicilié? Les termes de cette disposition, évidemment mal conçue, quelque sens qu'on en donnât, se prêtaient au moins aussi bien à cette interprétation qu'à celle qu'en fournissait l'opinion adverse; et, ainsi entendue, elle avait encore cet avantage d'être de tout point conforme aux décisions de l'ancien droit et de la législation intermédiaire (1).

Avec cette réserve devenaient totalement inutiles les restrictions, du reste arbitraires, mises à la faculté de se marier au lieu du domicile général par certains auteurs (2), d'après lesquels on la perdait lorsqu'on n'y avait depuis longtemps conservé ni résidence, ni relations.

Au surplus, la doctrine à laquelle nous nous ralliions (3) ne semblait nullement avoir été condamnée par l'avis du conseil d'Etat de l'an XIII. Cet avis avait en effet pour objet, selon nous, et comme le confessait M. Demante (4), non de résoudre la question qui nous occupe, mais de déterminer la durée minima de la résidence à laquelle étaient astreints les militaires, exposés, surtout alors, à de fréquents déplacements. Et il avait simplement décidé que, lorsqu'ils étaient sur le territoire national, ils ne pouvaient se prévaloir que du droit commun.

Notre opinion pouvait invoquer, au contraire, en sa faveur une décision, sinon une véritable interprétation, législative. Après les funestes événements qui amenèrent le démembrement de la France en 1871, les députés de l'Alsace et de la Lorraine déposèrent à l'Assemblée nationale une proposition de loi, ayant pour but d'autoriser les habitants des territoires cédés à l'Allemagne, qui, ayant opté pour la nationalité fran-

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 356 et 357; décret du 22 germinal an II.

(2) Coin-Delisle, art. 74.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 9, n. 2; Aubry et Rau, V, § 466, p. 106, n. 1; Demolombe, III, n. 196-203; Toullier, I, n. 571; Valette sur Proudhon, I, p. 383 s.; Valette, *Expl. somm.*, p. 95; Huc, II, n. 90 et 91; Planiol, I, n. 851 s.; Surville, I, n. 165; Beudant, I, n. 165 et 166; Vazeille, I, n. 179; Fuzier-Herman, art. 74, n. 1. — Grenoble, 27 fév. 1817, S., 18. 2. 103, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 564. — Orléans, 9 août 1890, D., 91. 2. 235. — Cpr. Civ. rej., 15 juin 1887, S, 90. 1. 446, D., 88. 1. 412.

(4) I, p. 328, note 1.

çaise, étaient venus fixer leur domicile sur le nôtre, à se marier en ce lieu après une simple résidence d'un mois. La commission à laquelle l'étude de la question fut renvoyée reconnut que le code civil permettait le mariage au lieu du domicile réel, lors même qu'on n'y avait pas une résidence de six mois, et que par conséquent la proposition était sans objet (1).

1590. Aujourd'hui, la discussion se trouve éteinte, par le fait de la loi de 1907.

D'après l'art. 74 C. civil, modifié par cette loi, le mariage peut se célébrer dans la commune où l'un des époux a, soit son domicile, soit une simple résidence d'un mois. « *Le mariage,* dit cet article, *sera célébré dans la commune où l'un des deux époux aura son domicile ou sa résidence établie par un mois au moins d'habitation continue à la date de la publication prévue par la loi.* »

La loi de 1907 a ainsi consacré l'opinion à laquelle nous nous étions rallié sous le régime du Code civil. Elle a décidé seulement, pour rendre le mariage plus facile (2), que le domicile matrimonial consisterait en une résidence, non plus de six mois, mais d'un mois (3).

Du reste, cette résidence doit résulter d'une habitation continue : une résidence intermittente ne suffirait pas.

Domicile et résidence doivent au surplus être établis, d'après le nouvel article 165, à la date de la publication du mariage, et, en cas de dispense de publication, à la date de cette dispense. « *Le mariage sera célébré publiquement,* dit l'article, *devant l'officier de l'état civil de la commune où l'un des époux aura son domicile ou sa résidence à la date de la publication prévue par l'art. 63, et, en cas de dispense de publication, à la date de la dispense prévue à l'article 169 ci-après.* »

1591. Les mineurs non émancipés, n'ayant pas d'autre

(1) Cf. Circ. min. du 21 déc. 1871, S., 71. 2. 283, D., 72. 3. 16.

(2) Campistron, *op. cit.*, n. 35.

(3) L'art. 165 ne parle pas, à la vérité, d'une durée quelconque pour la résidence qui constitue le domicile matrimonial. Mais c'est là un simple oubli, et il faut combiner cet article avec l'art. 74, qui exige que cette résidence ait une durée d'un mois.

domicile général que celui de leurs père, mère ou tuteur, ne peuvent se marier qu'à ce domicile, comme lieu de leur principal établissement (1). Ils ne sauraient le faire, selon nous, là où ces personnes ont une résidence continue d'un mois, s'ils ne l'ont pas personnellement eux-mêmes, la résidence étant chose de fait, et la loi ne présumant nulle part que ceux dont ils dépendent la leur communiquent comme le domicile (2). Mais, par la même raison, on ne voit pas pourquoi les mineurs ne pourraient pas, par une habitation de pareille durée, se créer un domicile spécial quant au mariage, ce qui éviterait, à ceux que leur profession éloigne de leurs parents, des déplacements onéreux, sans diminuer en rien la publicité dont leur union doit être entourée (3).

1592. C'est donc l'officier de l'état civil de la commune où l'un des futurs époux a, soit son domicile général, soit une résidence d'un mois à la date plus haut indiquée, et lui seul (4), qui est normalement compétent pour procéder à la célébration du mariage.

On sait toutefois que, depuis la loi du 8 juin 1893, « en cas de mobilisation ou de siège », les officiers désignés dans les cinq premiers numéros du nouvel art. 93 deviennent compétents, concurremment avec les officiers de l'état civil, sur le territoire français lui-même, pour recevoir les actes intéressant, non seulement des militaires, marins de l'Etat ou personnes employées à la suite des armées, mais aussi des personnes non militaires qui se trouvent dans un fort ou une

(1) Demolombe, III, n. 204. — *Contra :* Laurent, II, n. 417.

(2) Laurent, II, n. 417. — *Contra :* Demolombe, *loc. cit.;* Duranton, II, n. 225; Coin-Delisle, art. 74, n. 9.

(3) Duranton, II, n. 225; Laurent, *loc. cit.;* Coin-Delisle, art. 74, n. 10; Hutteau d'Origny, *op. cit.*, tit. VII, ch. IV, § 1, n. 2. — Cpr. Demolombe, *loc. cit.*

(4) Il n'existe rien, en droit civil, qui ressemble à la faculté de délégation que le droit canonique reconnaît au propre curé de l'une des parties. Tandis que ce propre curé peut déléguer un autre prêtre pour recevoir, soit dans sa paroisse, soit ailleurs, le consentement des parties et bénir leur union, l'officier de l'état civil compétent ne peut pas déléguer à sa place l'officier de l'état civil d'une autre commune. Cette faculté pourrait être utile, pourtant, dans certains cas, par exemple dans le cas où l'un des futurs époux se trouverait retenu par une grave maladie, loin de la commune où le mariage pourrait être célébré. Cf. Campistron, *op. cit.*, n. 36.

place assiégée, du moins « s'il est nécessaire », et ce jusqu'au passage de l'armée au pied de paix ou à la levée du siège (1).

1593. Quant aux formes de la célébration, elles sont réglées par l'art. 75, ainsi conçu : « *Le jour désigné par les parties* » *après les délais des publications* (aujourd'hui *de la publica-* » *tion*) (2), *l'officier de l'état civil, dans la maison commune,* » *en présence de quatre témoins, parents ou non parents, fera* » *lecture aux parties des pièces ci-dessus mentionnées, relati-* » *ves à leur état et aux formalités du mariage, et du chapitre VI* » *du titre* du Mariage, *sur* les droits et les devoirs respectifs » des époux. — *Il interpellera les futurs époux, ainsi que les* » *personnes qui autorisent le mariage, si elles sont présentes,* » *d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage, et,* » *dans le cas de l'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que* » *les noms et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu. —* » *Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclara-* » *tion qu'elles veulent se prendre pour mari et femme; il pro-* » *noncera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage,* » *et il en dressera acte sur le champ.* »

En premier lieu, le mariage doit donc, suivant les termes de l'art. 165, être célébré publiquement. Dans ce but il doit régulièrement l'être dans la maison commune ou dans le local qui en tient lieu, les portes ouvertes, pour que toute personne qui le désire puisse assister à la cérémonie (3), et en présence de quatre témoins, parents ou non parents, réunissant les qualités de l'art. 37.

1594. On s'accorde cependant à reconnaître qu'en cas d'empêchement ou de nécessité pressante, par exemple s'il s'agissait d'un mariage *in extremis*, l'officier public pourrait se transporter à domicile, avec ses registres, pour y procéder à la célébration. L'article du projet du Code, qui confiait à l'autorité administrative le droit de l'y autoriser, devait être l'objet d'une discussion nouvelle, à laquelle, pour un motif

(1) Cf. tome II, n. 936.

(2) Les auteurs de la loi de 1907 ont encore oublié de modifier en ce sens l'art. 75 C. civil.

(3) Planiol, I, n. 857; Surville, I, n. 165.

inconnu, il ne fut pas soumis (1). D'autre part, chose plus étrange, la loi de 1907, si préoccupée de faciliter le mariage, ne contient rien à cet égard. Mais tout ce qu'on peut induire raisonnablement du silence de la loi, c'est, d'une part, que l'officier municipal ne saurait être obligé à ce déplacement, quoiqu'il soit moralement de son devoir de s'y prêter lorsque les circonstances l'exigent, et, d'autre part, qu'elles doivent impérieusement l'exiger, pour que la célébration puisse avoir lieu hors de la maison commune (2).

1595. Mais plus délicate et plus discutée est la question de savoir si l'officier de l'état civil compétent peut encore célébrer le mariage en dehors de sa commune : en d'autres termes, sa compétence est-elle personnelle ou territoriale?

Elle est territoriale, selon nous. Si l'art. 165, qui ne parle que de « l'officier civil du domicile ou de la résidence de l'une des deux parties », peut laisser quelque doute sur ce point, l'art. 74 le lève complètement, en exigeant qu'il soit procédé à la célébration « dans la commune où l'un des deux époux aura son domicile ou sa résidence ». L'officier municipal doit donc rester dans les limites de sa circonscription administrative, et c'est ce que donne encore à supposer l'art. 75, lorsqu'il lui ordonne d'instrumenter « dans la maison commune », c'est-à-dire apparemment là où il a à la fois le droit d'agir et les registres à sa disposition. En dehors de sa circonscription, en effet, quelle qu'ait été l'ancienne distinction de la juridiction contentieuse et de la juridiction gracieuse (3), les pouvoirs du maire ou de son adjoint expirent, aussi bien comme officier de l'état civil que comme adminis-

(1) Locré, *Lég.*, III, p. 50, art. 36; p. 87 s., n. 23.

(2) Aubry et Rau, V, § 466, p. 109, n. 10; Demolombe, III, n. 206; Demante, I, n. 240 *bis*, III; Laurent, II, n. 425; Huc, II, n. 92; Planiol, I, n. 856; Surville, *loc. cit.*; Coin-Delisle, art. 75, n. 4 s.; Mersier, n. 312; Bressolles, *op. cit.*, n. 21 s.; Fuzier-Herman, art. 75, n. 1 s. — Req. rej., 22 juill. 1807, S. chr., II. 1. 412, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 556. — Riom, 10 juill. 1829, S., 29. 2. 320, D., *loc. cit.* — Aix, 18 août 1870, S., 72. 2. 69, D., 71. 2. 249. — Gand, 14 déc. 1880, S., 81. 4. 21. — Crim. cass., 31 mai 1900, S., 1902. 1. 537, D., 1901. 1. 205. — Cpr. Toulouse, 7 janv. 1899 (arrêt cassé par le précédent), S., 99. 2. 16, D., 1900. 2. 29, et note A.-L. Cf. aussi Roux, note sous Crim. cass., 31 mai 1900, S., 1902. 1. 537.

(3) L. 20, D., *De jurisd.*, II, 1; L. 2, D., *De offic. proc.*, I, 16; L. 17, D., *De manum. vind.*, XL, 2.

trateur ou officier de police judiciaire. Et la preuve en est que nul ne l'admettrait à recevoir hors de sa commune un acte de naissance ou de décès intéressant un de ses administrés. Comment pourrait-il en être autrement du mariage, dont la loi fixe nettement le lieu de célébration? Serait-ce parce que sa compétence est un des éléments de la publicité dont celle-ci doit être entourée, et que cet élément disparaîtrait à peu près complètement s'il pouvait aller remplir ses fonctions loin de sa localité? Il ne doit sa compétence qu'au lieu où il doit régulièrement exercer ses fonctions, parce que la publicité est supposée devoir y être plus complète : elle perd sa raison d'être, s'il prétend aller les exercer plus ou moins loin de ce lieu, et partant elle doit cesser (1). Il restera plus tard à rechercher si l'incompétence de l'officier civil, compétent *ratione personarum*, mais non *ratione loci*, rentre dans les prévisions des art. 191 et 193.

1596. La célébration a lieu au jour fixé par les parties, sans qu'elles puissent toutefois obliger à y procéder un jour férié légalement Le choix de l'heure appartient au contraire, dans le silence de la loi, à l'officier de l'état civil. Rien ne s'opposerait, du reste, à ce que le mariage fût célébré pendant la nuit, quoique la publicité qu'on veut lui assurer dût fort en souffrir (2).

1597. Au jour et à l'heure fixés, les parties comparaissent devant l'officier civil, et elles doivent, suivant l'opinion presque unanimement admise (3), comparaître en personne.

(1) Demolombe, III, n. 207; Demante, I, n. 240 *bis*, IV; Duranton, II, n. 340 s; Proudhon, I, p. 381; Richelot, I, p. 249, note 13; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 273; Huc, II, n. 93; Planiol, I, n. 855; Surville, I, n. 165; Beudant, I, n. 254; Hulteau d'Origny, *op. cit.*, tit. VII, ch. IV, § 1, n 7. — *Contra :* Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. IV, § 1, art. 1, quest. 3; Fuzier-Herman, art. 75, n. 4. — Cpr. Vazeille, I, n. 251; Coin-Delisle, art. 74, n. 12; Mersier, *op. cit.*, n. 152; Béquet, *op. cit.*, n. 731. — Civ. rej., 31 août 1824, S., 24. 1. 360, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 561.

(2) Demolombe, III, n. 208; Planiol, I, n. 856; Coin-Delisle, art. 75, n. 2; Hulteau d'Origny, *op. cit.*, tit. VII, ch. IV, § 1, n. 8 et 9; Béquet, *op. cit.*, n. 746 s.; Mersier, *op. cit.*, n. 310; Marcadé, *Rev. crit.*, 1852, II, p. 596. — Paris, 13 août 1851, S., 51. 2. 465, D., 52. 2. 113.

(3) Aubry et Rau, V, § 466, p. 109, n. 9; Demolombe, III, n. 210; Demante, I, n. 240 *bis*, 1; Duranton, I, n. 287; Delvincourt, I, p. 71, note 5; Marcadé, I, art. 36, n. 231; Richelot, I, n. 175; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 285; Laurent,

Notre loi n'admet pas, à la différence du droit romain (1), du droit canonique (2), et de l'ancien droit (3), les mariages par procuration. D'abord ce principe, déjà impliqué dans la loi de 1792 (tit. IV, sect. IV, art. 1 s.) (4), a été sous-entendu dans toute la discussion relative aux art. 146 et 180; et, dans la séance du 24 frimaire an X, le premier consul a affirmé, sans être contredit, que « le mariage n'a plus lieu qu'entre personnes présentes » (5). Puis l'art. 75 suppose bien la présence personnelle des époux, car, faite à un mandataire, la lecture qu'il prescrit serait dépourvue de toute signification, sinon de ridicule. D'autre part, s'il est permis, en règle, de se faire représenter à un acte de l'état civil, l'art. 36 prouve cependant qu'il est « des cas » où cette faculté cesse. Or les parties devaient se présenter en personne pour faire prononcer leur divorce par consentement mutuel (art. 294) : comment n'y auraient-elles pas été plus encore obligées pour contracter mariage? Leur présence réelle est en effet la meilleure garantie que leurs volontés sont pleinement libres. En même temps qu'elle leur permet, jusqu'au dernier moment, de réfléchir à la gravité de l'acte solennel auquel elles participent, et, s'il y a lieu, de se dédire, elle leur donne le moyen d'échapper, sous la protection de l'officier public, à des influences ou à des abus d'autorité susceptibles de transformer le contrat qui, de tous, doit être le plus volontaire, en un simple acte d'obéissance. La procuration, au contraire, pourrait n'être que le résultat d'une pression, qui, durant jusqu'à la dernière heure, empêcherait de la révoquer à temps, et le futur époux

II, n. 427; Huc, II, n. 92 s., et I, n. 345; Planiol, I, n. 858; Beudant, I, n. 222; Glasson, n. 108; Vazeille, I, n. 184; Rieff, n. 32; Hutteau d'Origny, *op. cit.*, tit. VII, ch. IV, § 1, n. 12; Fuzier-Herman, art. 36, n. 2 s.; art. 75, n. 5. — Bastia, 2 avril 1849, S., 49. 2. 338, D., 49. 2. 80. — *Contra :* Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. IV, § 1, art. 1er, quest. 4; Toullier, I, n. 574; Coin-Delisle, art. 36, n. 5 s.; Allemand, I, n. 365 s. — Cpr. Valette sur Proudhon, I, p. 206, note *a*.

(1) L. 5, D., *De ritu nupt.*, XXIII, 2.

(2) Décrétale de Boniface VIII, *Sexti decret.*, Lib. I, Tit. XIX, *De procurat.*, cap. IX. — Le rituel romain dit encore que le *oui* sacramentel peut être prononcé par un procureur.

(3) Pothier, *op. cit.*, n. 367.

(4) Glasson, n. 82.

(5) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 446, n. 12.

perdrait la chance de reconquérir et de revendiquer sa liberté devant le magistrat municipal. Il est enfin si naturel que les parties figurent en personne à cette solennité, que la loi n'a pas admis la représentation du pupille par son tuteur dans cette circonstance, et que, même dans notre ancien droit, il était d'usage de réitérer la cérémonie de la célébration des mariages contractés par procureurs.

1598. Les futurs époux étant présents avec leurs témoins, qui ne sont pas d'ailleurs tenus de savoir signer (1), l'officier de l'état civil procède à la célébration, dont les formalités ont sept objets différents :

1° Assurer l'accomplissement des conditions qui rendent seules le mariage possible : il donne dans ce but lecture des pièces qui lui ont été remises (2), et doit, si les ascendants appelés à accorder leur consentement sont présents, leur demander s'ils le donnent effectivement.

2° Etablir l'individualité civile des futurs époux : elle ressort de cette même lecture.

3° Leur faire connaître les droits et les devoirs qui naissent pour eux de l'union légitime : il doit leur lire à cet effet le chapitre VI de notre titre (3).

4° Divulguer au public l'existence ou l'absence d'un contrat de mariage : de là l'interpellation qu'il doit adresser aux parties et aux personnes qui autorisent le mariage, depuis la loi du 10 juillet 1850.

1599. 5° Amener la manifestation solennelle de la volonté des futurs époux de se prendre pour mari et femme : il reçoit donc leur déclaration successive, qui normalement se fait de vive voix, sous forme de réponse affirmative à la demande qu'il leur adresse. Mais rien ne s'oppose à ce que ce consentement soit exprimé, en cas de nécessité, d'une autre manière, par exemple, s'il s'agit d'un sourd-muet, par écrit ou par signes (4).

(1) Demolombe, III, n. 209. — Cf. tome II, n. 815.

(2) Planiol, I, n. 860.

(3) Cpr. Planiol, I, n. 860.

(4) Locré, *Lég.*, IV, p. 312, art. 3, p. 319, n. 12; Aubry et Rau, V, § 451 *bis*, p. 13, n. 7 et 8; Demolombe, III, n. 25 *bis* et n. 211; Planiol, I, n. 861; Beudant, I, n. 222; Glasson, n. 110. — Cpr. Civ. cass., 22 avril 1833, S., 33. 1. 645, D., 33. 1. 188. — Cf. Loi des 20-25 sept. 1792, tit. IV, sect. IV, art. 5.

Du moins faut-il que ce consentement, quel qu'en soit le mode de manifestation, soit exprimé devant l'officier de l'état civil, et au moment même de la célébration : avant, il serait prématuré; après, il serait tardif [1].

1600. 6° Affirmer solennellement l'existence, à compter de cet instant, de l'union conjugale : cette affirmation résulte de la déclaration faite par le magistrat que les parties « sont unies par le mariage » [2]. Car dès cet instant le mariage existe : il existe avant d'avoir été consommé, conformément à la maxime romaine « *nuptias non concubitus, sed consensus facit* » [3], et contrairement aux principes du droit canon [4] ou de notre droit coutumier, d'après lequel « la femme gagne son douaire au coucher » [5]. Il existe si bien, que la mort subite de l'un des époux ne l'empêcherait pas de s'être formé [6].

1601. 7° Conserver enfin la preuve du mariage par un acte, que l'officier public doit dresser sur-le-champ [7].

L'art. 76, complété par la loi du 17 août 1897 (art. 2), et modifié par celle du 21 juin 1907 (art. 5), énumère les mentions qui doivent y figurer : « *On énoncera, dans l'acte de* » *mariage, — 1° les prénoms, noms, professions, âge, lieux de* » *naissance et domiciles des époux; — 2° s'ils sont majeurs ou* » *mineurs; — 3° les prénoms, noms, professions et domiciles* » *des pères et mères; — 4° le consentement des pères et mères,* » *aïeuls et aïeules, et celui du conseil de famille, dans les cas où* » *ils sont requis; — 5° la notification prescrite par l'art. 151,*

[1] Aubry et Rau, V, § 451 *bis*, p. 12; Demolombe, III, n. 26; Beudant, I, n. 222.

[2] Sur le rôle de l'officier de l'état civil, cf. Planiol, I, n. 862; Surville, I, n. 165 *in fine*.

[3] L. 30, D., *De reg. jur.*, L. 17.

[4] En droit canon, le mariage non consommé constitue un *matrimonium ratum*, dont on peut plus facilement obtenir l'annulation.

[5] Cout. de Normandie, art. 352; Cout. de Bretagne, art. 450; Pothier, *Du douaire*, n. 148 et 149.

[6] Demolombe, III, n. 20; Surville, I, n. 166; Beudant, I, n. 255 et 256; Coin-Delisle, art. 39, n. 2; Fuzier-Herman, art. 34, n. 10 s. — Cpr. Montpellier, 4 fév. 1840, S., 40. 2. 160, D., 40. 2. 134.

[7] Cf. Surville, I, n. 166; Coin-Delisle, art. 75, n. 16; Béquet, *op. cit.*, n. 753 s.; Mersier, *op. cit.*, n. 315 s.

» *s'il en a été fait* (1) ; — *6° les oppositions, s'il y en a eu ; leur* » *main levée, ou la mention qu'il n'y a point eu d'opposition ;* — » *7° la déclaration des contractants de se prendre pour époux,* » *et le prononcé de leur union par l'officier public ;* — *8° les* » *prénoms, noms, âges, professions et domiciles des témoins,* » *et leurs déclaration s'ils sont parents ou alliés des parties,* » *de quel côté et à quel degré ;* — *9° la déclaration faite sur* » *l'interpellation prescrite par l'article précédent, qu'il a été* » *ou qu'il n'a pas été fait de contrat de mariage, et, autant* » *que possible, la date du contrat, s'il existe, ainsi que les* » *noms et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu ; le tout* » *à peine, contre l'officier de l'état civil, de l'amende fixée par* » *l'art. 50. — Dans le cas où la déclaration aurait été omise* » *ou serait erronée, la rectification de l'acte, en ce qui touche* » *l'omission ou l'erreur, pourra être demandée par le procu-* » *reur de la République, sans préjudice du droit des parties* » *intéressées, conformément à l'art. 99. — Il sera fait mention* » *de la célébration du mariage en marge de l'acte de naissance* » *des époux.* » Il convient d'ajouter à cette énumération la permission accordée par l'autorité publique à ceux qui en dépendent et les dispenses de toute nature qui ont été obtenues.

Le dernier alinéa de notre disposition y a été ajouté par la loi du 17 août 1897, qui, préoccupée d'organiser la publicité, si mal assurée jusque-là, des mutations qui surviennent dans l'état civil des personnes, devait nécessairement viser le mariage d'une façon toute particulière. En l'absence de toute institution semblable à celle du casier civil (2), il était relativement facile à des individus mariés, surtout dans les grands centres, de dissimuler leur véritable état, et, soit de contracter une nouvelle union, soit de traiter frauduleusement avec des tiers qui n'apprenaient que trop tard le crédit réel

(1) Avant la loi de 1907, l'acte de mariage devait également mentionner, « 6° *les publications dans les divers domiciles* ». Depuis la loi de 1907, au contraire, il n'est plus nécessaire d'y mentionner l'unique publication qu'elle exige, et l'art. 76 C. civil, ainsi que le numérotage de ses derniers alinéas, ont été modifiés en ce sens. Cf. Campistron, *op. cit.*, n. 40.

(2) Cf. tome II, n. 792.

dont disposait leur débiteur, déjà grevé de l'hypothèque légale de sa femme, ou l'incapacité de leur débitrice. C'est pour prévenir de pareilles manœuvres, et surtout, dans la mesure du possible, le crime de bigamie, qu'aux termes du nouvel art. 76 le mariage doit être mentionné en marge de l'acte de naissance de chacun des époux (1). Et cette mention doit être effectuée d'office par qui de droit, conformément aux règles générales qu'a posées la loi de 1897 dans son art. 1er (2).

§ II. *Des conditions requises pour le mariage des Français lorsqu'il est célébré à l'étranger* (3).

1602. La loi du 20 septembre 1792 abrogea tacitement les déclarations des 16 juin et 6 août 1685, qui défendaient aux Français de se marier à l'étranger sans une autorisation du roi (4). Le code civil leur a conservé entière leur liberté à cet égard, et il n'a même pas voulu la restreindre par l'obligation, lorsque les deux parties sont françaises, d'avoir, là où elles se marient, une résidence d'une certaine durée (5). La partie de l'art. 170 qui la leur imposait, pour éviter des fraudes à la loi, fut supprimée sur l'observation du premier consul (6) qu'en ce cas les publications devraient être faites en France. Cette hypothèse est donc restée en dehors des prévisions de l'art. 74, comme son texte lui-même le donne déjà à entendre, et comme le prouve péremptoirement l'ordonnance du 23 octobre 1833 (art. 15).

(1) La mention prescrite par la loi de 1897 a encore une autre utilité : elle met sur la trace du mariage, et, en le révélant, elle permet d'en retrouver l'acte et de rechercher dans celui-ci les indications que la loi de 1850 a prescrites, relativement au contrat de mariage. Sur les diverses utilités de la loi de 1897, cf. E. Sermet, *La question du casier civil*, n. 7, *Lois nouv.*, 1906, 2e partie, p. 82-83.

(2) Cf. tome II, 3e éd., nouvel art. 49, n. 834.

(3) Verger, *Des mariages contractés en pays étr.*, 2e éd., Paris, 1883; Pic, *Du mariage en dr. intern. privé*, Paris, 1885 (Thèse, Lyon); Surville, *Des conditions de forme et de fond du mariage des Français en pays étr.*, *Rev. crit.*, 1904, p. 209.

(4) *Code matrimonial*, I, p. 136 s.

(5) Aubry et Rau, V, § 468, p. 121, n. 13; Demolombe, III, n. 215 et 219; Laurent, III, n. 23; Marcadé, I, art. 170-III, n. 585; Planiol, I, n. 863; Verger, *op. cit.*, p. 75 s.

(6) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 341, art. 8; p. 352, n. 22.

Mais le droit pour un Français de contracter mariage en pays étranger n'en reste pas moins subordonné à des conditions de fond et de forme.

1603. 1° *Conditions de fond.* — Par application de l'art. 3, 3e al., le Français doit satisfaire aux conditions de capacité requises par sa loi nationale, quelles que soient sous ce rapport les dispositions de la loi territoriale (1). Cette proposition ressort des derniers mots du premier alinéa de l'art. 170, ainsi conçu depuis la loi de 1907 : « *Le mariage contracté en pays étranger entre Français, et entre Français et étranger, sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé de la publication prescrite par l'art. 63, au titre* des actes de l'état civil, *et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent* ».

Ainsi, au point de vue notamment de l'âge, de la parenté ou de l'alliance, de la nécessité d'obtenir certains consentements (2), ou, à défaut, de notifier le projet de mariage conformément aux art. 151 et 154, de la prohibition de la polygamie, l'aptitude du Français doit être appréciée d'après la loi française.

La loi étrangère, fût-elle moins rigoureuse, ne saurait sous l'un quelconque de ces rapports le relever de son incapacité (3). Mais, si elle se montrait au contraire plus exigeante et que ses dispositions fussent considérées dans le pays comme étant d'ordre public international, leur respect s'imposerait, au nom des principes généraux, au Français lui-même, dût-il

(1) Huc, II, n. 95 et 96; Despagnet, *op. cit.*, n. 393; Weiss, *op. cit.*, p. 445; Surville et Arthuys, n. 287; Pic, *op. cit.*, p. 120 s.; Verger, *op. cit.*, p. 19.

(2) Cf. Circ. min. du 2 août 1884.

(3) Huc, II, n. 27 et 96; Fuzier-Herman, art. 162 n. 1 s.; Despagnet, *op. cit.*, n. 393 et 395; Weiss, *op. cit.*, p. 446 s.; Verger, *loc. cit.* — Civ. cass., 8 nov. 1824, S., 24. 1. 428, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 238. — Trib. Seine, 4 déc. 1873, *J. Clunet*, 1875, p. 21; 24 août 1880, *Gaz. Trib.*, 5 août 1880. — Lyon, 29 déc. 1881, D., 82. 2. 113. — Trib. Seine, 21 déc. 1885, *J. Clunet*, 1886, p. 448. — Besançon, 4 janv. 1888, S., 90. 2. 165, D., 89. 2. 69. — Lyon, 18 janv. 1894, S., 97. 2. 113, note de M. A. P., D., 94. 2. 222. — Trib. Seine, 16 janv. 1899, *J. Clunet*, 1900, p. 148. — 21 juin 1900, *J. Clunet*, 1902, p. 613. — 9 août 1900, *J. Clunet*, 1901, p. 153. — 6 avril 1903, *Rev. crit.*, 1904, p. 213. — Cpr. Trib. Bayonne, 7 janv. 1902, *J. Clunet*, 1902, p. 1050.

s'unir à une personne de même nationalité : sans quoi son mariage, fût-il jugé valable en France (1), serait réputé nul là où il aurait été contracté (2).

Il appartient d'ailleurs au Français d'établir sa capacité matrimoniale, suivant que la loi étrangère se montre plus ou moins sévère, soit selon les modes de preuve du droit commun, soit en fournissant les certificats dont elle réclame la production (3).

Il va de soi enfin que l'aptitude de l'autre partie est, sous les mêmes réserves, régie par sa propre loi (4).

1604. 2° *Conditions de forme.* — Le mariage du Français à l'étranger peut d'abord avoir lieu, d'après l'art. 170 lui-même, « dans les formes usitées dans le pays », par application de la règle : *locus regit actum*. Cette règle permet d'aller au-delà des termes mêmes de notre disposition, qui dans la pensée de ses auteurs n'avaient rien de restrictif, et de déclarer valable, conformément à la loi locale, le mariage qui interviendrait, non seulement sans solennités véritables, soit civiles, soit religieuses, mais même sans aucune forme, et qui, par exemple, résulterait du simple échange des consentements des parties (5). L'esprit de l'art. 170 est de donner

(1) Cf. sur la question de l'effet réflexe de l'ordre public international, t. Ier, n. 284 s.

(2) Despagnet, *op. cit.*, n. 395.

(3) Despagnet, *op. cit.*, n. 396; Surville et Arthuys, n. 288.

(4) Tronchet, *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 350, n. 18; Verger, *op. cit.*, p. 22.

(5) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. V, § 2, n. 9, *Quest.*, v° *Mariage*, § 7, n. 1 et 2; Aubry et Rau, V, § 468, p. 121 et 122, n. 14-17; Laurent, III, n. 24; Huc, II, n. 97; Planiol, I, n. 863; Fuzier-Herman, art. 170, n. 34 s.; Despagnet, *op. cit.*, n. 381; Weiss, *op. cit.*, p. 467 s.; Surville et Arthuys, n. 276 s.; Pic, *op. cit.*, p. 68 s.; Verger, *op. cit.*, p. 58 s.; Duguit, *Des conflits relatifs à la forme des actes*, p. 74 s. — Req. rej., 7 sept. 1809, S., 9. 1. 927, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 387. — Req. rej., 16 juin 1829, S., 29. 1. 261, D., 29. 1. 272. — Req rej., 20 déc. 1841, S., 42. 1. 321, D., 42. 1. 34. — Req. rej., 9 nov. 1846, S., 47. 1. 55, D., 46. 1. 337. — Req. rej., 13 janv. 1857, S., 57. 1. 81, D., 57. 1. 106. — Bastia, 7 mai 1859, S., 60. 2. 333, D., 60. 2. 158. — Civ. cass., 18 mars 1868, S., 68. 1. 205, D., 68. 1. 228. — Paris, 20 janv. 1873, S., 73. 2. 177, D., 73. 2. 59. — Aix, 19 déc. 1877, *J. Clunet*, 1878, p. 273. — Req. rej., 20 janv. 1879, S., 79. 1. 417, D., 79. 1. 107. — Trib. Seine, 14 mars 1879, *J. Clunet*, 1879, p. 547. — Aix, 6 mai 1885, sous Cass., S., 87. 1. 449, D., 87. 1. 267. — Trib. Seine, 26 avril 1886 et 14 juin 1887, *J. Clunet*, 1889, p. 104. — Bordeaux, 21 déc. 1886, *Rec. Bordeaux*, 1887. 1. 96. — Trib. Tunis, 22 mars 1899, *J. Clunet*, 1903, p. 882. — Orléans, 9 fév. 1900 (sol. impl.),

en tous pays aux Français toutes les facilités dont y jouissent pour leur union les habitants, sans même leur imposer, si ceux-ci y ont le choix entre diverses formes, celles qui par leur nature se rapprochent le plus des formalités requises par la loi française. Ce serait donc le méconnaître et diminuer la liberté laissée à nos concitoyens, que d'exiger à tout prix une « célébration », à laquelle il serait d'ailleurs parfois impossible de procéder, sous ce prétexte que l'art. 170 en veut une, dont l'acte puisse être transcrit en France conformément à l'article suivant. A défaut de célébration proprement dite, une simple mention tiendrait lieu de la transcription de l'acte, à supposer que celle-ci fût encore nécessaire.

1605. Toutefois, par une remarquable dérogation à la règle « *locus regit actum* », qui voudrait que la publication du mariage contracté dans les formes de la loi étrangère fût uniquement régie par cette loi, comme tous les autres éléments se rattachant à la célébration, l'art. 170 exige qu'il soit en outre précédé d'une publication en France (1). Et cette exigence s'explique par le désir tout particulier de faire connaître dans notre pays une union qui intervient au dehors, et, par là, de mieux assurer l'observation des conditions intrinsèques qui continuent à s'imposer à nos ressortissants.

Indépendamment donc de la publication ou des publications qui peuvent être prescrites par la loi étrangère, ceux-ci doivent faire effectuer en France celle que réclame l'art. 63, et ce évidemment dans toutes les communes où elle devrait être faite si le mariage devait être célébré sur notre territoire, sans quoi le but de la loi ne serait pas entièrement rempli. En d'autres termes, l'art. 63 doit être complété par les art. 166 à 168 (2).

S., 1902. 2. 141, D., 1902. 2. 415, *J. Clunet*, 1900, p. 592. — Trib. Seine (sol. impl.), 20 déc. 1900, *J. Clunet*, 1901, p. 357. — Trib. Seine, 4 juin 1901, *J. Clunet*, 1902, p. 334. — Alger, 11 mars 1902, D., 1905. 2. 372, *J. Clunet*, 1903, p. 646. — Amiens, 26 juin 1902 (sol. impl.), S., 1904. 2. 34. — Cpr. Trib. Emp. allemand, 1er mai 1902, *J. Clunet*, 1903, p. 882. — Sur les fameux mariages de Gretna-Green, cf. Planiol, I, n. 844, et *J. Clunet*, 1901, p. 1067.

(1) Demolombe, III, n. 220; Duranton, II, n. 237; Laurent, III, n. 21; Planiol, I, n. 863; Surville et Arthuys, n. 282; Verger, *op. cit.*, p. 49; Pic, *op. cit.*, p. 73 s.

(2) Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, III, n. 22; Fuzier-Herman, art. 170, n. 1.

1606. Cette obligation ne cesse, à notre sens, que lorsque l'exécution en est absolument impossible. Or elle n'est telle que si les Français n'ont jamais eu de domicile en France, et n'ont pas non plus de parents dont ils doivent obtenir le consentement qui y soient domiciliés (1). Plus ordinairement, on décide qu'ils y échappent lorsqu'ils sont depuis longtemps établis à l'étranger : ils ne devraient faire alors que la publication à laquelle les assujettit leur état de minorité (art. 168). Mais cette opinion, qui se prévaut des travaux préparatoires (2), déjà équivoque lorsqu'on se demande à quelles conditions précises est subordonnée cette dispense, paraît contraire à la fois au texte très général de la loi, et tout autant à son esprit. N'est-ce pas souvent lorsque le national a depuis de longues années quitté sa patrie, qu'il essaie de secouer le joug de sa loi, et surtout alors qu'il est nécessaire de l'empêcher de s'y soustraire, en l'obligeant à divulguer son projet là où il a encore chance lui-même d'être connu (3)?

1607. Le mariage du Français à l'étranger peut être célébré, en second lieu, devant les agents diplomatiques ou consulaires de la France.

L'art. 170, en effet, n'a pas pu, par son silence, priver les futurs époux de la faculté générale que reconnaît à nos ressortissants l'art. 48, sans aucune réserve relative au mariage. Elle leur a été, du reste, implicitement confirmée, quant à celui-ci, par des actes postérieurs, tels que l'ordonnance du 23 octobre 1833 (4).

(1) Planiol, *loc. cit.*; Surville et Arthuys, *loc. cit.*

(2) *Disc. au C. d'Etat*, Locré, *Lég.*, IV, p. 351, n. 19.

(3) Demolombe, III, n. 221; Demante, I, n. 242 *bis*, II; Laurent, III, n. 22; Despagnet, *op. cit.*, n. 384. — *Contra :* Aubry et Rau, V, § 468, p. 122, n. 18; Toullier, I, n. 578; Duranton, II, n. 237; Delvincourt, I, p. 72, note 4. — Cpr. Pic, *op. cit.*, p. 76 s.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. IV, § 2, et v° *Actes de l'état civil*, art. 47 et 48, n. 2 et 3; Aubry et Rau, V, § 468, p. 121, n. 10 et 12; Demolombe, III, n. 218; Duranton, II, n. 234 et 235; Laurent, III, n. 20; Huc, II, n. 98; Rieff, n. 87 et 88; Planiol, I, n. 863; Despagnet, *op. cit.*, n. 381; Weiss, *op. cit.*, p. 479 s.; Surville et Arthuys, n. 284; Pic, *op. cit.*, p. 105 s.; Verger, *op. cit.*, p. 48 s. — Trib. Epinal, 14 août 1889, *Gaz. Pal.*, 89, p. 507. — *Contra :* Favard, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. III, § 2. — Cpr. Vazeille, I, n. 185 s. — Aix, 20 mars 1862, S., 62. 2. 387, D., 63. 2. 48. — Cf. tome II, n. 879 et 880.

1607 *bis*. Sous l'empire du code civil, et conformément à la règle générale en matière d'actes de l'état civil (1), la compétence matrimoniale des agents diplomatiques ou consulaires de la France était subordonnée à la condition que les deux époux fussent, l'un et l'autre, Français (2).

Cela ne présentait aucun inconvénient dans les pays de civilisation similaire à la nôtre, où le Français qui désirait s'unir à une étrangère pouvait, sans compromettre sa dignité, contracter son union suivant les formes exigées par la loi locale.

Mais il n'en allait pas de même dans certains pays d'Orient ou d'Extrême-Orient, où les formes locales du mariage sont quelquefois telles qu'il pouvait répugner à un Français de s'y soumettre.

Aussi avait-on imaginé un subterfuge pour l'en dispenser. S'il était catholique, on l'invitait à se marier, tout d'abord, devant un ministre de son culte. L'acte que dressait ce dernier, était ensuite transcrit au consulat général français, qui envoyait une copie de la transcription en France, où, sur un jugement du tribunal civil, était dressé l'acte définitif et légal (3).

La légalité d'un pareil mode de procéder était plus que douteuse, et il était, d'ailleurs, impossible à employer quand le futur époux n'était pas catholique. Mieux valait certainement étendre la compétence matrimoniale de nos agents diplomatiques ou consulaires. Cette extension a été réalisée par la loi du 29 novembre 1901 (4), sous forme d'addition de deux alinéas à l'art. 170 C. civ. (5).

(1) Cf. tome II, n. 878 s.

(2) Cpr. Trib. supérieur Monaco, 12 déc. 1899, *J. Clunet*, 1900, p. 197.

(3) Cf., notamment pour la Chine, *J. Clunet*, 1901, p. 613. — Cpr. Surville et Arthuys, n. 284-I.

(4) Cf., aux *Lois nouvelles*, 1903, 1, p. 705, le commentaire de la loi du 29 novembre 1901, par MM. Gaston Bonnefoy et Odilon Barrot.

(5) On aurait dû profiter de l'occasion de la loi de 1901 pour combler, dans l'art. 170 C. civ., la lacune qu'il présente relativement à la compétence de nos agents diplomatiques ou consulaires pour le mariage de deux Français. On ne l'a pas fait, et, de ce chef, la nouvelle rédaction de l'art. 170 C. civ. présente une physionomie fort inélégante, les deux derniers alinéas traitant d'un ordre de choses tout différent de celui dont traite le premier. Il manque une transition.

Aux termes de cette loi, nos agents diplomatiques ou consulaires ont compétence pour procéder au mariage d'un Français avec une étrangère; mais cette compétence est subordonnée à deux conditions :

La première, c'est qu'il s'agisse du mariage d'un Français avec une étrangère. Dans l'hypothèse inverse du mariage d'une Française avec un étranger, la compétence des agents diplomatiques ou consulaires de la France cesserait. On a pensé qu'il n'y avait pas lieu de faire intervenir ces représentants dans un mariage qui aura ordinairement pour effet légal d'enlever àla Française sa nationalité (art. 19 C. civ.) (1).

La seconde condition, c'est que le mariage ait lieu dans un pays où la nécessité d'une extension de la compétence matrimoniale de nos agents diplomatiques ou consulaires se fait vraiment sentir, et la question de savoir si cette dernière condition est remplie n'est, d'ailleurs, pas laissée à l'appréciation des juges. La loi du 29 novembre 1901 dispose expressément que les agents diplomatiques et les consuls ne pourront procéder au mariage d'un Français avec une étrangère que dans les pays désignés par décret du Président de la République.

En exécution de la loi, un décret du 29 décembre 1901 a désigné, à cet égard, la Turquie, la Perse, le Siam, la Chine, la Corée, Mascate, l'Egypte et le Maroc (2).

1608. Quand un mariage est célébré par les agents diplomatiques ou consulaires de la France, il est naturellement célébré dans les formes déterminées par la loi française, sous les modifications que comporte la qualité du fonctionnaire qui remplit le rôle d'officier de l'état civil et celles qu'a paru commander l'éloignement du lieu où il le remplit (3). Conformément aux art. 14 et 15 de l'ordonnance du 23 octobre 1833,

(1) Planiol, I, p. 290, note 7.

(2) Cf. une note ministérielle de janvier-février 1902, relative à l'application de la loi du 29 novembre 1901, *J. Clunet*, 1902, p. 1112, et *Lois nouvelles*, 1902. 3. p. 199. — Sur l'insuffisance de la loi du 29 novembre 1901, quant à l'étendue territoriale de son application, cf. *J. Clunet*, 1906, p. 1096. — Cf. un autre inconvénient possible, dans Surville et Arthuys, n. 284-I *in fine*.

(3) Cf. de Clercq et de Vallat, *Guide pratique des consulats*, 4e éd., Paris, 1880; Lehr, *Manuel des agents diplom. et cons.*, Paris, 1888; Verger, *op. cit.*, p. 54 s.

la publication doit être faite dans le lieu le plus apparent de la chancellerie du consulat; elle devra être opérée en France, en outre du lieu où réside le consul, « lorsque les deux futurs ou l'un d'eux ne seront pas résidants et immatriculés depuis six mois dans le consulat, ou si les parents, sous la puissance desquels l'une ou l'autre des parties se trouverait relativement au mariage, ont leur domicile en France ». Mais le consul peut accorder, dans des cas graves dont l'appréciation est laissé à sa prudence, dispense de la publication et même de tout délai, lorsqu'il n'y a pas eu d'opposition ou qu'une main-levée de celle qui avait été formée lui est représentée (art. 17) (1).

D'autre part, l'art. 18 de l'ordonnance confère aux consuls généraux résidant dans les pays situés au-delà de l'Océan Atlantique le pouvoir, qui touche aux conditions de fond, d'accorder des dispenses d'âge, sauf à rendre compte de leurs motifs au ministre des affaires étrangères; et ce même pouvoir peut être conféré par un acte spécial aux consuls de première et de seconde classe, sous les mêmes conditions de résidence.

1609. Enfin le mariage des militaires ou marins de l'Etat et des personnes employées à la suite des armées peut être célébré hors de France, et dans les circonstances prévues par le nouvel art. 93, par les officiers ou fonctionnaires auxquels cette disposition attribue compétence. Cette compétence n'est d'ailleurs que facultative, conformément au principe qui a été expressément posé par la loi du 8 juin 1893, dont toutes les autres règles sont au surplus applicables (2).

1610. Mais, pas plus sous l'empire de la loi nouvelle que sous le code civil, elle ne paraît devoir être restreinte au cas où les deux parties seraient Françaises (3). Son objet même

(1) L'art. 17 de l'ordonnance du 23 octobre 1833 ne confère, il est vrai, aux consuls le droit de dispense que quant à la seconde des deux publications alors exigées. Mais il doit être mis en harmonie avec la loi de 1907, qui permet au Procureur de la République de dispenser de l'unique publication aujourd'hui nécessaire, ainsi que de tout délai.

(2) Cf. tome II, n. 933 s.

(3) Aubry et Rau, V, § 468, p. 119; Fuzier-Herman, art. 144, n. 62 s.; Despagnet, *op. cit.*, n. 389; Weiss, *op. cit.*, p. 389, note I; Pic, *op. cit.*, p. 115, note 2; Verger, *op. cit.*, p. 133. — Cpr. Civ. rej., 23 août 1826, S., 27. 1. 108, D., 27. 1. 8.

semble commander de l'étendre aux mariages mixtes, car son utilité serait singulièrement réduite si elle s'évanouissait lorsque le Français épouse une femme étrangère, dans le pays où se trouve le corps dont il dépend. Et l'occupation de ce pays a pu faire apparaître comme légère l'atteinte ainsi portée à sa souveraineté. C'est en ce sens que s'est fixée la pratique, puisqu'il a été décidé (1), en prévision de ce cas, que la publication ou les publications relatives à la partie étrangère seraient faites dans les formes locales.

1611. En ce qui concerne le futur époux Français, et par une exigence d'ailleurs renouvelée du code civil (ancien art. 94), la loi de 1893, non modifiée, à cet égard, par celle de 1907, veut qu'indépendamment de la publication ordinaire, le projet de mariage soit publié à l'armée elle-même, dans les conditions qui sont déterminées par la nouvelle rédaction donnée à l'art. 97 : « *Lorsqu'un mariage sera célébré » dans l'une des circonstances prévues à l'art. 93, les publi- » cations seront faites au lieu du dernier domicile du futur » époux; elles seront mises en outre, vingt-cinq jours avant » la célébration du mariage, à l'ordre du jour du corps, pour » les individus qui tiennent à un corps, et à celui de l'armée » ou du corps d'armée, pour les officiers sans troupes et pour » les employés qui en font partie* » (2). L'accomplissement de cette formalité a donc pour résultat d'allonger le délai de la publication, car il semble bien qu'elle doive déjà être faite, pour pouvoir figurer, dans sa contexture même, à l'ordre du jour de l'armée.

1612. Il restait à assurer au mariage des Français célébré à l'étranger une preuve en France, d'autant qu'on lui donnait par là même une nouvelle publicité. C'est à quoi ont pourvu, d'une part l'Ord. du 23 octobre 1833, pour le cas où la célébration a été l'œuvre d'un agent diplomatique ou consulaire, en lui imposant l'obligation de transmettre immédiatement

(1) Circ. minist. du 14 mars 1831, S., 36. 2. 342. — Aubry et Rau, V, § 468, p. 120, n. 5.

(2) L'art. 97 est encore un de ceux que les auteurs de la loi de 1907 ont oublié de modifier et de mettre en harmonie avec leur loi, qui n'exige plus qu'une seule publication.

une expédition de l'acte au ministre des affaires étrangères et de lui faire parvenir chaque année le double de ses registres (art. 2 et 9) (1); et, d'autre part, l'art. 171, pour le cas où le mariage a été contracté dans les formes locales, en invitant les intéressés eux-mêmes à faire transcrire l'acte de célébration sur les registres du lieu de leur domicile en France. Selon cette disposition, en effet, telle qu'elle a été modifiée par la loi du 29 novembre 1901, « *dans les trois mois après* » *le retour du Français sur le territoire de la République, l'acte* » *de célébration du mariage contracté en pays étranger, dans* » *les conditions prévues par le paragraphe 1er de l'article pré-* » *cédent, sera transcrit sur le registre public des mariages du* » *lieu de son domicile.* » Du texte même de cet article, il ressort, d'une part, que cette obligation n'incombe à nos nationaux que s'ils se sont mariés dans les formes usitées dans le pays (2), et, d'autre part, qu'elle ne leur incombe que tout autant qu'ils sont rentrés en France (3). La transmission internationale des actes de l'état civil, organisée par des conventions diplomatiques, peut combler la lacune de la loi, lorsqu'ils demeurent à l'étranger (4).

Il semble aussi que cette obligation cesse, par la force même des choses, quand la loi étrangère n'exige pas qu'il soit dressé d'acte de célébration, puisqu'il n'y a plus rien à transcrire. Mais ce serait peut-être entrer dans le vœu du législateur que de remplacer la transcription par une mention du mariage, qui en produirait tous les effets (5).

(1) Cf. aussi art. 48 C. civ., al. 2, ajouté par la loi du 8 juin 1893.

(2) Dès avant même la loi du 29 novembre 1901, qui a fait cesser jusqu'à la possibilité d'un doute, il était admis que le lien étroit qui existait entre l'art. 171 et l'art. 170 impliquait que l'obligation de la transcription n'incombait au Français que si son acte de mariage avait été reçu par un officier public étranger. Laurent, III, n. 34; Fuzier-Herman, art. 171, n. 1; Despagnet, *op. cit.*, n. 387; Weiss, *op. cit.*, p. 473, note 2; Surville et Arthuys, n. 283 et 284; Pic, *op. cit.*, p. 90; Verger, *op. cit.*, p. 57. — Cpr. Demolombe, III, n. 227. — Cf. pourtant Planiol, 1re éd., III, n. 186.

(3) Cpr. Orléans, 9 fév. 1900, S., 1902. 2. 141, D., 1902. 2. 415, *J. Clunet*, 1900, p. 592.

(4) Cf. Fuzier-Herman, art. 171, n. 20; Verger, *op. cit.*, p. 88 et 89.

(5) Cpr. Despagnet, *op. cit.*, n. 387; Weiss, *op. cit.*, p. 476; Pic, *op. cit.*, p. 94, note 1.

1613. C'est au lieu du domicile auquel les époux s'établissent que la transcription doit être effectuée : rien dans le texte n'exige qu'elle doive l'être, en outre, au lieu de l'ancien, si depuis leur mariage ils en ont changé (1).

La transcription peut d'ailleurs être requise aussi bien par les héritiers des époux que par eux-mêmes, et par la femme à défaut du mari (2).

1614. Le délai de trois mois accordé au Français, à compter de son retour en France, pour faire opérer cette transcription n'est pas fatal : celle-ci pourrait être effectuée à une date quelconque, fût-ce postérieurement à la dissolution du mariage, car, quoique tardive, son objet même commande de l'accueillir (3).

Mais ne peut-elle intervenir, après l'expiration du délai, qu'en vertu d'un jugement de rectification qui l'ordonne, ainsi que le prescrivent une lettre du grand juge du 5 germinal an XII et une circulaire du 7 mai 1822 (4)? Nous ne le pensons pas, contrairement à l'opinion de la majorité de la doctrine (5), qui approuve ces instructions, car, à vrai dire, il ne s'agit pas, en l'espèce, d'une rectification. Si l'on comprend qu'une décision judiciaire doive autoriser préalablement la réception d'un acte de naissance tardif, qui pour la première fois va constater un fait déjà éloigné, on s'expliquerait difficilement qu'il en dût être de même de la simple transcription d'un acte déjà reçu, déterminé dans tous ses éléments, et dont l'authenticité peut très bien être vérifié sans

(1) *Contra :* Circ. min. du 7 mai 1822 ; Verger, *op. cit.*, p. 89.

(2) Toullier, I, n. 579 ; Duranton, II, n. 240 ; Fuzier-Herman, art. 171, n. 18 s. — Req. rej., 16 juin 1829, S., 29. 1. 261, D., 29. 1. 272.

(3) Merlin, *Quest.*, v° *Mariage*, § 14 ; Aubry et Rau, V, § 468, p. 125, n. 25 ; Demolombe, III, n. 228 ; Demante, I, n. 243 *bis*, II ; Toullier, I, n. 579 ; Duranton, II, n. 239 et 240 ; Laurent, III, n. 35 ; Beudant, I, n. 255 ; Vazeille, I, n. 189 ; Fuzier-Herman, art. 171, n. 12 ; Despagnet, *op. cit.*, n. 387 ; Pic, *op. cit.*, p. 90 et s. ; Verger, *op. cit.*, p. 88. — Req. rej., 16 juin 1829, précité. — Req. rej., 12 févr. 1833, S., 33. 1. 195, D., 33. 1. 120. — Nimes, 23 févr. 1858, S., 58. 2. 385. — Orléans, 9 févr. 1900, précité.

(4) Cf. Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. III, § 1, n. 3 ; Béquet, *op. cit.*, n. 1008.

(5) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 125, n. 26 ; Demolombe, III, n. 228 ; Fuzier-Herman, art. 171, n. 13 ; Despagnet, *op. cit.*, n. 387 ; Pic, *loc. cit.* ; Verger, *op. cit.*, p. 88. — Trib. Seine, 12 avril 1882, *J. Clunet*, 1882, p. 615.

l'intervention du juge, sauf à la provoquer si, par extraordinaire, elle paraissait indispensable (1).

§ III. *Des conditions requises pour le mariage des étrangers lorsqu'il est célébré en France.*

1615. Dans le silence des textes, le mariage des étrangers en France, évidemment permis quelles que soient les nationalités des personnes entre lesquelles il intervient (2), reste sous l'empire des principes généraux, qui conduisent aux constatations suivantes.

1616. 1° *Conditions intrinsèques.* — Les conditions d'aptitude au mariage des étrangers doivent être respectivement appréciées d'après leur loi nationale, si différentes que soient sous ce rapport ses dispositions de celles de la loi française, à moins que leur application ne blesse des règles considérées dans notre pays comme étant d'ordre public international, auquel cas la loi territoriale redevient, dans ces limites, seule souveraine (3).

Ainsi l'étranger est régi par sa loi personnelle au point de vue du consentement qu'il doit obtenir de sa famille et de l'âge auquel il peut se marier (4) : la détermination de sa capacité sous ce double rapport dérive de considérations relatives à la constitution familiale ou de constatations physiologiques, dont le législateur étranger doit seul apprécier la valeur. On ne saurait donc approuver les circulaires ministé-

(1) Demante, *loc. cit.*; Laurent, *loc. cit.*

(2) Avis du C. d'Etat des 2e-4e jours complém. an XIII (Locré, *Lég.*, II, p. 362); Aubry et Rau, V, § 469, p. 127, n. 1. — Cpr. Surville et Arthuys, n. 120 et 123.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 128, n. 3; Demolombe, III, n. 232 et 234; Duranton, II, n. 233; Laurent, II, n. 371; Huc, II, n. 27, 102-104; Vazeille, I, n. 187; Fuzier-Herman, art. 144, n. 70 s.; Despagnet, *op. cit.*, n. 397; Weiss, *op. cit.*, p. 447; Surville et Arthuys, n. 290 et 291; Pic, *op. cit.*, p. 121 s., 141 s.; Esperson, *J. Clunet*, 1880, p. 342. — Paris, 28 mai 1880, *J. Clunet*, 1880, p. 300. — Cf. cep. Durand, *Essai de droit intern. privé*, p. 305, n. 146. — Cpr. Caen, 16 mai 1846, sous Cass., S., 52. 1. 423, D., 47. 2. 33.

(4) Aubry et Rau, V, § 469, p. 128, n. 4, et p. 129; Huc, II, n. 103; Fuzier-Herman, art. 144, n. 79; Despagnet, *op. cit.*, n. 397; Weiss, *op. cit.*, p. 447 s.; Surville et Arthuys, n. 291; Pic, *op. cit.*, p. 154 s., p. 157 s.; Verger, *op. cit.*, p. 22. — Cf. en ce sens circ. min. des 26 janv. 1876 (Béquet, *op. cit.*, n. 640), 10 mars 1883 (*J. Clunet*, 1883, p. 221) et 2 août 1884.

rielles des 10 mai 1824 et 28 avril 1832, qui font aux étrangers une obligation de demander des dispenses d'âge, dans les mêmes cas où elle incombe à nos nationaux.

1617. De même l'étranger reste régi par sa propre loi au point de vue des empêchements résultant de la parenté ou de l'alliance, si du moins elle se montre à cet égard plus rigoureuse que la nôtre : car loin de contrarier les vues de notre législateur, ses dispositions sur ce point ne font que s'inspirer de principes d'une moralité encore plus haute, qu'il est donc tout naturel, en principe, de respecter (1).

Mais la loi française exclurait, au contraire, la loi étrangère, si celle-ci était moins sévère, et permettait, par exemple, le mariage sans dispenses entre beau-frère et belle-sœur (2), oncle et nièce, tante et neveu. A raison de l'objet de cet empêchement, qui est de sauvegarder les bonnes mœurs dans la société, on doit repousser toute distinction qu'on voudrait faire entre les mariages des nationaux et ceux des étrangers, ou entre les différentes sortes d'inceste. Vainement objecte-t-on qu'on ne peut pas considérer comme d'ordre public une prohibition susceptible d'être levée par une dispense. Il nous paraît qu'on ne saurait lui refuser ce caractère, uniquement parce que le droit a été reconnu à l'autorité de vérifier si les considérations supérieures qui lui servent en général de fondement, n'empêchent pas qu'il y soit apporté une exception dans des circonstances particulières. Quant à la distinction proposée entre les mariages qui constitueraient un « inceste naturel » et ceux qui ne seraient constitutifs que d'un « inceste civil », pour avoir été souvent faite en doctrine, elle n'en est pas moins rationnellement des plus difficiles à justifier ou même à formuler d'une façon précise (3).

(1) Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 129 ; Weiss, *op. cit.*, p. 453 ; Pic, *op. cit.*, p. 153.

(2) En Angleterre, par exemple, le mariage est permis sans dispense entre beau-frère et belle-sœur. — Cf. Surville et Arthuys, p. 304, note 3. — Cf. A. Mérignhac, *La question des mariages entre beau-frère et belle-sœur en Angleterre et dans les rapports internationaux de la Grande-Bretagne avec les autres Etats, J. Clunet*, 1902, p. 5.

(3) Circ. min. du 10 mai 1824, S., 29. 2. 285 ; Lettre min. du 18 juill. 1877. — Aubry et Rau, I, § 31, p. 96, n. 34, et *loc. cit.*, p. 129, n. 7 et 9 ; Demolombe, I,

Les étrangers sont donc tenus alors d'obtenir des dispenses du gouvernement français, et non, comme on l'a dit, du gouvernement de leur pays, sans compétence pour rechercher s'il est de notre intérêt social qu'elles soient accordées ou refusées (1). Il est vrai que les décisions ministérielles des 26 février 1840 et 4 juillet 1844 obligeaient les étrangers à se pourvoir de ces dispenses auprès de leur propre gouvernement, et non du nôtre, qui déclinait à ce sujet toute compétence. Mais nous ne reconnaissons pas à de simples décisions le droit de modifier une règle du droit civil, d'autant que leur exigence peut placer les étrangers dans l'impossibilité de se marier : c'est ce qui pourrait arriver si leur loi personnelle ne connaissait même pas la prohibition, auquel cas leur requête serait rejetée comme étant sans objet. Aussi la Chancellerie semble-t-elle être revenue elle-même, dans des instructions relativement récentes, à la saine application des principes (2).

1618. De même enfin l'étranger est astreint, semble-t-il, à obtenir la permission de l'autorité compétente, à laquelle sa loi personnelle subordonne la possibilité du mariage en dehors de son pays, lorsque du moins elle impose indistinctement cette condition à tous ses ressortissants (3). Il n'aurait plus à la remplir, au regard du moins de la loi française, si cette condition s'inspirait de motifs politiques ou de sentiments contraires au principe de l'égalité civile, car les exigences de sa loi seraient contraires elles-mêmes à l'ordre public international tel qu'il est compris en France (4).

1619. Ce même ordre public impose encore aux étrangers dans notre pays le respect de la prohibition de la polyga-

n. 100 et III, n. 234; Huc, II, n. 103; Despagnet, *op. cit.*, n. 395 et 397; Weiss, *op. cit.*, p. 452 s.; Verger, *op. cit.*, p. 22 s. — *Contra:* Surville et Arthuys, n. 291; Pic, *op. cit.*, p. 150 s.

(1) Weiss, *op. cit.*, p. 453. — *Contra :* Despagnet, *op. cit.*, n. 397. — Cpr. Pic, *op. cit.*, p. 153.

(2) Cf. Lettres min. des 18 et 26 juill. 1877, *J. Clunet*, 1877, p. 573.

(3) Cf. Circ. min. des 16 fév. 1855 (Béquet, *op. cit.*, n. 638) et 11 nov. 1875. — Despagnet, *op. cit.*, n. 398; Weiss, *op. cit.*, p. 449; Pic, *op. cit.*, p. 178 s. — Trib. Bordeaux, 18 janv. 1882, *J. Clunet*, 1882, p. 539.

(4) Despagnet, *op. cit.*, n. 398; Weiss, *loc. cit.* — Cpr. Pic, *op. cit.*, p. 142, p. 179 s.

mie(1). En sens inverse, il rend vaines à leur égard les interdictions de leur loi qui blessent les principes de l'égalité civile et de la liberté de conscience, comme celles qui procèdent de la différence de couleur ou de religion, de la prononciation de vœux monastiques ou de l'engagement dans les ordres sacrés (2), ou celles qui dérivent de proscriptions politiques ou de condamnations ayant pour résultat, comme notre ancienne mort civile, de faire considérer comme éteinte la personnalité de ceux qui en sont frappés (3). Bien à tort M. Huc conteste-t-il ces dernières propositions, sous prétexte que, du moment que « les mariages des étrangers en France sont régis, quant aux conditions de capacité, par leurs lois personnelles..., le bon sens exige qu'on ait égard, en France, aux prohibitions contenues dans les lois de leur pays », même lorsqu'elles sont purement politiques ou religieuses, et que « nous n'avons pas à juger les lois étrangères, pas plus que les étrangers n'ont à juger notre loi nationale ». Cet auteur a lui-même réfuté son objection à l'avance, en constatant que la loi étrangère ne doit être reçue en France « que tout autant que son application n'est pas de nature à troubler chez nous l'arrangement social qu'on appelle l'ordre public ».

1620. Mais l'ordre public international ne nous paraît pas, au contraire, imposer en France aux étrangers le respect de la prohibition de l'art. 228 relative au délai de viduité : sa violation en effet n'entraîne même pas la nullité du mariage contracté par nos nationaux. Et dès lors les étrangers doivent être sous ce rapport régis, en principe, par leur loi per-

(1) Aubry et Rau, I, § 31, p. 96, n. 33; V, § 469, p. 130; Demolombe, I, n. 100; Despagnet, *op. cit.*, n. 397; Weiss, *op. cit.*, p. 452; Surville et Arthuys, n. 291; Pic, *op. cit.*, p. 143 s.; Verger, *op. cit.*, p. 23.

(2) Despagnet, *op. cit.*, n. 397; Weiss, *op. cit.*, p. 449 s.; Pic, *op. cit.*, p. 172 s.; Chavegrin, *Note*, S., 86. 4. 1; Renault, *Rev. crit.*, 1885, XIV, p. 598. — Trib. Pontoise, 6 août 1884, *J. Clunet*, 85, p. 296. — *Contra* : Merlin, *Rép.*, v° *Loi*, § 6, n. 6; Aubry et Rau, I, § 31, p. 92, n. 27; § 80, p. 317, n. 14; V, § 451, p. 7, n. 2; Vazeille, I, n. 187. — Paris, 13 juin 1814, S., 15. 2. 67. — Cpr. Bourges, 17 fév. 1845, sous Cass., S., 47. 1. 55, D., 46. 1. 337.

(3) Aubry et Rau, I, § 31, p. 98, n. 40-42; V, § 468, p. 128, n. 6; Laurent, II, n. 371; Despagnet, *loc. cit.*; Weiss, *op. cit.*, p. 449 s.; Surville et Arthuys, n. 291; Pic, *op. cit.*, p. 172 s. — *Contra* : Huc, II, n. 104. — Cpr., Caen, 16 mai 1846, sous Cass., S., 52. 1. 423, D., 47. 2. 23.

sonnelle, qu'elle soit moins sévère ou plus rigoureuse que la nôtre (1). Cette règle semblerait d'ailleurs devoir être étendue par identité de motifs, à tous ceux de nos empêchements qui sont simplement prohibitifs (2).

1621. L'étranger qui veut se marier en France doit justifier de son aptitude légale à cet effet : il peut faire cette justification de la même façon qu'il est autorisé à la fournir, dans toutes les circonstances où il se prévaut devant nos tribunaux de sa capacité personnelle, la loi ne l'ayant assujettie en matière de mariage à aucune forme particulière. Une circulaire ministérielle du 14 mars 1831 (3) a prescrit, il est vrai, aux officiers de l'état civil « d'exiger de tout étranger... la justification, par un certificat des autorités du lieu de sa naissance ou de son dernier domicile dans sa patrie, qu'il est apte, d'après les lois qui le régissent, à contracter mariage avec la personne qu'il se propose d'épouser ». Mais cet acte n'est nullement obligatoire pour les tribunaux ; il leur réserve d'ailleurs expressément le droit de statuer en cas de contestation, et par conséquent le soin de reconnaître la capacité de l'étranger, lorsqu'il ne peut, pour un motif quelconque, produire ce certificat, qu'aucune autorité n'a le plus souvent qualité pour délivrer dans son pays. Il appartient donc à l'officier de l'état civil d'abord, à l'autorité judiciaire ensuite, s'il y a lieu, de vérifier si l'étranger remplit les conditions requises. Et ils peuvent être aidés dans cette recherche, à défaut de certificat d'aptitude, soit par des actes de notoriété dressés dans les formes de l'art. 70, suivant le conseil que donnait le procureur du Roi près le tribunal de la Seine dans une lettre du 7 juillet 1835, soit mieux encore par la communication internationale des pièces nécessaires, telle qu'elle a été organisée par certaines conventions diplomatiques (4).

(1) Pic, *op. cit.*, p. 141 s. — Cpr. Surville et Arthuys, n. 291. — *Contra :* Weiss, *op. cit.*, p. 451. — Paris, 13 fév. 1872, S., 73. 2. 112, D., 73. 2. 160.

(2) Pic, *op. cit.*, p. 140 s. — Cpr. Surville et Arthuys, n. 291.

(3) S., 36. 2. 342, D., 39. 3. 60. — Cf. Béquet, *op. cit.*, n. 638.

(4) Cpr. Aubry et Rau, V, § 469, p. 128, n. 5; Demolombe, III. n. 233 et 235; Huc, II, n. 102; Planiol, I, n. 864; Fœlix, *Des mariages contractés en pays étr.*, n. 12; Béquet, *op. cit.*, n. 638; Fuzier-Herman, art. 144, n. 68 s.; Despagnet, *op.*

1622. 2° *Conditions extrinsèques.* — Quant aux formalités extrinsèques, le mariage des étrangers est naturellement régi, même s'ils s'unissent entre eux, par la loi française, lorsqu'il est célébré devant nos officiers de l'état civil (1). Spécialement une publication doit être faite à leur dernier domicile ou à leur dernière résidence à l'étranger, quand ils n'ont pas en France un domicile ou une résidence de six mois (2), indépendamment de celle qu'il faut effectuer dans notre pays conformément au droit commun. Pour ce qui est des publications complémentaires qui pourraient être requises par une disposition de leur loi, semblable en ce point à l'article 170, nécessaires au regard de cette loi, elles sont superflues aux yeux de la nôtre, qui gouverne seule les conditions de forme de ce mariage, suivant la règle *locus regit actum* (3).

1623. Ces formalités seraient régies exclusivement, au contraire, par leur loi nationale, si les étrangers faisaient célébrer leur union par les agents diplomatiques ou consulaires de leur pays. Mais cette faculté ne leur appartient en France que s'ils sont tous deux de même nationalité. Vainement leur loi conférerait-elle aux représentants qu'elle investit le droit d'unir des personnes de nationalités différentes : la nôtre ne saurait leur reconnaître un pouvoir qu'elle refuse, en principe, à nos propres représentants, lors même qu'aucun des futurs époux ne serait Français, et l'officier municipal redeviendrait seul compétent (4).

cit., n. 398; Weiss, *op. cit.*, p. 455 s.; Surville et Arthuys, n. 292; Pic, *op. cit.*, p. 125 s. — Trib. Rouen, 26 janv. 1842, D., 42. 3. 155. — Cf. Circ. min. des 16 févr. 1855 (Béquet, *loc. cit.*) et 11 nov. 1875.

(1) Aubry et Rau, V, § 469, p. 127 et 128; Demolombe, III, n. 234; Huc, II, n. 105; Planiol, I, n. 864; Despagnet, *op. cit.*, n. 390. — Cpr. Surville et Arthuys, n. 285.

(2) Circ. min., 14 mars 1831, S., 36. 2. 342, D., 39. 3. 60; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 128, n. 2; Demolombe, III, n. 235; Huc, II, n. 105; Mersier, *op. cit.*, n. 238 et 263; Béquet, *op. cit.*, n. 638 s.

(3) Despagnet, *loc. cit.* — Cpr. Surville et Arthuys, n. 285.

(4) Planiol, I, n. 864; Despagnet, *op. cit.*, n. 390; Weiss, *op. cit.*, p. 481 s.; Surville et Arthuys, n. 285; Pic, *op. cit.*, p. 109 s.; Duguit, *op. cit.*, p. 85; Fuzier-Herman, art. 165, n. 32 s. — Douai, 9 août 1843, P., 44. 1. 195. — Paris, 6 avril 1869, S., 70. 2. 178. — Trib. Seine, 2 juill. 1872, S., 72. 2. 248. — Trib. Seine, 21 juin 1873, *J. Clunet*, 1874, p. 71. — Angers, 31 mai 1898, sous Civ. cass. (en partie),

1624. A plus forte raison le mariage ne peut-il être contracté dans les formes de la loi étrangère, par exemple devant un ministre du culte, ou, bien mieux, par le simple échange des consentements, si l'une des parties est de nationalité française : sous quel prétexte celle-ci pourrait-elle se soustraire aux formes de la loi territoriale? Cette vérité, méconnue par deux circulaires ministérielles des 16 mai 1810 et 13 octobre 1815 (1), a été consacrée, à diverses reprises, par la jurisprudence (2).

1625. Mais il faut aller jusqu'à décider que deux étrangers de même nationalité ne sauraient se marier, dans notre pays, suivant les formes de leur loi personnelle, sans recourir au ministère de leurs représentants (3). Si la règle *locus regit actum* est, selon nous, ordinairement facultative (4), il nous paraît qu'elle devient impérative et s'impose à tous, lorsque les formalités légales s'inspirent de considérations qui doivent faire réputer la disposition qui les édicte comme d'ordre public international : le principe de l'art. 3-1er al. reprend alors son empire. Or il ne semble guère possible de dénier ce caractère à la prescription qui requiert pour la célébration du mariage l'intervention de l'officier de l'état civil, alors surtout que le code pénal (art. 199 et 200) punit sévèrement le seul fait, par un ministre du culte, de procéder aux cérémonies religieuses d'un mariage, avant qu'il lui ait été justifié de sa célébration civile, sans distinction, il faut l'observer, entre le cas dans lequel ce ministre ou les parties sont Français et celui où ils sont étrangers (5).

30 juill. 1900, S., 1902. 1. 225. — Cpr. note de M. Wahl, sous cet arrêt. — Cpr. aussi Douai, 10 nov. 1903, sous Req. rej., 9 mai 1905, S., 1906. 1. 161. *J. Clunet*, 1904, p. 394. — Cf tome II, n. 877 s.

(1) D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 590, note 1.

(2) Huc, II, n. 105; Fuzier-Herman, art. 165, n. 38; Weiss, *op. cit.*, p. 481; Pic, *op. cit.*, p. 95 s. — Paris, 18 déc. 1837, S., 38. 2. 113, D., 38. 2. 177. — Paris, 3 mars 1898, D., 99. 2. 120.

(3) Sur cette question, cf. *J. Clunet*, 1907, p. 93, aux *Questions et solutions pratiques*, la quest. 158 : *Quelle est la valeur juridique d'un mariage exclusivement religieux célébré en France entre deux étrangers, en conformité de leur loi nationale?*

(4) Cf. tome I, n. 227 s.

(5) Despagnet, *op. cit.*, n. 300; Pic, *loc. cit.*, et p 56 s.; Duguit, *op. cit.*, p. 83;

CHAPITRE III

SANCTION DES CONDITIONS INTRINSÈQUES OU EXTRINSÈQUES DU MARIAGE

1626. On doit réunir dans ce chapitre tous les moyens organisés par la loi pour faire respecter ses prescriptions, qu'ils soient préventifs ou répressifs. A ce titre doivent y figurer les oppositions, dont l'objet est d'en empêcher la transgression, en empêchant la célébration même du mariage, tandis que l'inexistence et la nullité de celui-ci, après qu'il a été célébré, anéantissent l'acte fait en violation des dispositions légales, et que des condamnations pécuniaires ou corporelles peuvent même punir cette violation.

Ce chapitre sera donc divisé en deux sections, relatives, la première aux oppositions, et la deuxième à l'inexistence du mariage et à sa nullité. Quant aux dispositions pénales, qui constituent, tantôt une aggravation des rigueurs de la loi, tantôt l'unique sanction de ses exigences, elles seront naturellement rattachées aux prescriptions auxquelles elles se rapportent.

SECTION PREMIÈRE

DES OPPOSITIONS AU MARIAGE

1627. L'opposition doit être définie une défense légale faite par une personne à l'officier de l'état civil de procéder à la célébration du mariage, et qui met effectivement obstacle à celle-ci jusqu'à ce qu'il en ait été donné main-levée (1). Il ne suffirait pas de dire, comme on l'a fait (2), qu'elle est « l'acte

Bressolles, *Quest. de dr. intern.*, p. 19. — Paris, 17 mai 1902 (motifs), sous Civ. rej., 29 mai 1905, S., 1906. 1. 161. — Cpr. Huc, II, n. 106; Weiss, *op. cit.*, p. 480 s.; Surville et Arthuys, n. 285. — Cpr. aussi Bucarest, 11 mai 1901, S., 1903. 4. 6; 5 mai 1905, *J. Clunet*, 1906, p. 1237. — Note et arrêts indiqués, S., 1903. 4. 5, sous Cass. Roumanie, 20 fév. 1901, postcité. — Mais Cpr. Cass. Roumanie, 20 fév. 1901, S., 1903. 4. 5, *J. Clunet*, 1902, p. 916.

(1) Cpr. Huc, II, n. 107; Planiol, I, n. 801; Surville, I, n. 169; Beudant, I, n. 266.

(2) Demolombe, III, n. 136.

par lequel une personne signale à l'officier de l'état civil et aux parties un empêchement », car d'une part, l'opposition peut n'en signaler aucun, et, d'autre part et à l'inverse, on peut divulguer à l'officier municipal un obstacle légal au mariage, sans qu'il y ait opposition au sens technique du mot.

1628. La réglementation du droit d'opposition est, par nature, on ne peut plus délicate. Si l'opposition doit se proposer de prévenir la violation de la loi, en faisant apparaître en temps opportun, soit à l'officier public, soit aux parties, les causes légales qui s'opposent à leur union, et en entravant sa célébration jusqu'à ce que le juge l'ait reconnue possible, il ne faut pas, d'un autre côté, que l'exercice du droit de la former porte atteinte au droit même de se marier. C'est cette conciliation entre deux intérêts antagoniques, l'intérêt général et l'intérêt particulier, qu'il est difficile de trouver. A soumettre l'exercice de la faculté d'opposition à des conditions trop étroites, on risque de favoriser les fraudes à la loi, ce qui est surtout grave pour les empêchements prohibitifs, qui n'ont guère d'autre sanction, mais ce qui ne va pas sans de gros inconvénients pour les empêchements dirimants eux-mêmes : s'ils permettent en effet d'anéantir le mariage célébré malgré eux, ce n'est point sans tout le trouble inséparable de la destruction d'un état de fait, peut-être déjà ancien. Mais, à ouvrir trop large la voie de l'opposition, on s'expose aussi à laisser le champ libre à toutes les vexations, à diminuer dans la personne des futurs époux une liberté et un droit auxquels ils tiennent pour le moment par dessus tout. Et la difficulté se complique encore, lorsque le législateur veut, comme le nôtre, faire de l'opposition un moyen pour les ascendants de retarder tout au moins et même parfois de faire avorter un mariage qui leur semble contraire à la morale ou à leurs intérêts de famille, sans que la loi s'y oppose elle-même, puisqu'il enlève de la sorte aux parties, au moins momentanément, la faculté qu'il leur avait reconnue à leur majorité.

Il n'est ni défendu de prétendre, ni difficile à montrer que le code civil n'a pas su trouver le juste point où des intérêts également légitimes, mais contradictoires, devaient se faire

équilibre. Il a certes, très sagement, fait cesser les abus de notre ancien droit (1), où, en dépit des règles, l'opposition était trop souvent devenue en fait, suivant l'expression de Portalis, une action populaire, en déterminant limitativement les personnes auxquelles appartient cette faculté, et, du moins en principe, les causes sur lesquelles l'opposition peut être fondée (2). Mais, en s'inspirant à cet égard de la réglementation rigoureuse contenue dans un arrêt du Parlement de Paris du 28 avril 1778 et dans la loi du 20 septembre 1792, il semble bien qu'il ait restreint outre mesure le cercle des unes et des autres. Est-il rationnel, par exemple, de retirer aux collatéraux la faculté de faire opposition en dehors des deux cas prévus par l'art. 174, et lors même qu'un empêchement prohibitif ou même dirimant fait indiscutablement obstacle à l'union projetée? Et n'est-il pas contraire au vœu même de la loi qu'ils n'aient pas le pouvoir de le divulguer officiellement, sans avoir à compter sur la conscience ou sur l'intelligence de l'officier de l'état civil? Sans doute, ils pourraient faire servir cette faculté à de pures tracasseries, en alléguant l'existence d'empêchements imaginaires; mais, outre que tous les droits peuvent donner lieu à des abus, l'art. 179, énergiquement appliqué, fournirait le facile moyen de couper court à ceux-là. De même, il peut paraître sévère de priver les descendants du droit de faire opposition au mariage de leurs ascendants, au nom du respect qu'ils leur doivent. Trop souvent, ce respect souffrira bien plus de l'union folle à laquelle ils auront dû assister impuissants, que de l'opposition qui aurait pu la prévenir, par exemple si l'ascendant est en proie à une démence qui ne lui laisse que de rares intervalles lucides, ou s'il viole délibérément la loi, en contractant un mariage prohibé, dans des conditions particulièrement déshonorantes. — A l'inverse, il n'est peut-être pas interdit de juger excessive, ou du moins encore plus

(1) Cf. Pothier, *op. cit.*, n. 82; Merlin, *Rép.*, v° *Oppos. à mar.*, n. 3; Planiol, I, n. 799; Surville, I, n. 169; et *supra*, Introd. histor., n. 1409.

(2) Portalis, *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 500, n. 33; Gillet, *Rapp. au Trib., eod. loc.*, p. 534 s., n. 10 et 11; Boutteville, *Disc. au C. lég., eod. loc.*, p. 557, n. 13.

dangereuse qu'inutile, la faculté laissée aux ascendants de former une opposition sans la fonder sur des motifs légaux. Assurément, cette opposition est susceptible de ramener l'enfant, par le temps de réflexion qu'elle lui impose, aux conseils de sa famille, et de sauvegarder par là les intérêts moraux ou matériels, d'ailleurs plus ou moins bien entendus, de celle-ci. Mais, plus fréquemment vaine sous ce rapport, ainsi que l'expérience le démontre, elle n'a d'autre effet que de tendre jusqu'à les briser les rapports du futur époux avec ses parents, en publiant leur conflit, et de jeter ainsi irrémédiablement la discorde dans une famille dont elle devait assurer la cohésion (1).

Une dernière considération toutefois atténue la portée de certaines de ces critiques : c'est que toute personne à laquelle le droit d'opposition est refusé n'en est pas moins admise à dénoncer officieusement à l'officier de l'état civil les empêchements qui sont à sa connaissance (2). Mais il n'en reste pas moins que cette divulgation est par elle-même sans effets juridiques, qu'elle n'élève pas un obstacle légal au mariage, et qu'elle n'obtient de résultat que si l'officier municipal auquel elle est faite est à la fois conscient et soucieux de la responsabilité et des devoirs que sa fonction lui impose (3).

Sous ces réserves, il convient de déterminer avec le code par quelles personnes et pour quelles causes une opposition peut être faite, quelles sont ses formes et quels sont ses effets. De là trois paragraphes.

§ I. *Par quelles personnes et pour quelles causes une opposition peut être formée.*

1629. Ces personnes peuvent être divisées en deux groupes. Le premier comprend celles auxquelles il suffit d'invo-

(1) Cpr. Duranton, II, n. 192; Toullier, I, n. 581; Delvincourt, I, p. 62, note 1; Demolombe, III, n. 136; Laurent, II, n. 374, 375 et 381; Huc, II, n. 111 et 115; Beudant, I, n. 265; Vazeille, I, n. 163, 165 et 168.

(2) Cf. une conséquence de cette idée, dans Trib. Boulogne-sur-Mer, 27 oct. 1899, S., 1903. 2. 150, D., 1902. 2. 386, et Paris, 14 mars 1900, S., 1900. 2. 112, D., 1903. 2. 277.

(3) Planiol, I, n. 801; Surville, I, n. 169.

quer leur qualité, pour former leur opposition, sans avoir à la fonder sur une cause particulière. Ce sont le conjoint de l'un des futurs époux et les ascendants, avec cette différence entre eux, toutefois, que la seule intervention du conjoint révèle le vice de bigamie dont l'union serait entachée, tandis que celle des ascendants ne dit pas pour quelle cause elle se produit. Le second groupe réunit toutes les personnes qui, indépendamment de leur qualité, doivent appuyer leur défense sur un motif légal (1).

1630. I. Le conjoint de l'un des futurs est donc admis, en première ligne, à former opposition : rien de plus naturel puisqu'il « défend son titre, réclame l'exécution de la foi promise et prévient un crime » (2). « *Le droit de former opposition à la célébration du mariage,* dit l'art. 172, *appartient à la personne engagée par mariage avec l'une des deux parties contractantes.* » Mais, pour que cette personne le possède, il faut qu'elle soit réellement engagée par mariage avec l'un des futurs époux. Or elle ne l'est évidemment pas si elle ne lui est que fiancée, ou mariée en France religieusement, et elle ne l'est plus si le divorce a mis fin à son union (3). Elle ne peut donc pas, notamment, faire opposition au mariage que son ancien conjoint voudrait contracter, contrairement à l'art. 296, avant l'expiration du délai de viduité. *A fortiori*, ne lui est-il pas permis de faire opposition au mariage que son ancien conjoint voudrait contracter avec son complice dans

(1) Cpr. Aubry et Rau, V, § 453, p. 29.

(2) Laurent, II, n. 376. — Cpr. Planiol, I, n. 803 et 812.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 33, n. 22 et 26; Demolombe, III, n. 139; Demante, I, n. 225 *bis* I, et 245; Laurent, II, n. 376; Huc, II, n. 108; Planiol, I, n. 803; Beudant, I, n. 270; Fuzier-Herman, art. 172, n. 2 s.; Carpentier, *Tr. du divorce,* n. 323; *La loi de 1886 et le divorce,* n. 165; Goirand, *Tr. prat. du divorce,* p. 190; Vraye et Gode, *Le divorce et la sép. de corps,* II, n. 630. — Civ. cass., 16 oct. 1809, S., 10. 1. 60; D., *Rép.*, v° *Mar.*, n. 259. — Rouen, 7 déc. 1825, S. chr., VIII. 2. 153, D., 26. 2. 87. — Trib. Lyon, 27 déc. 1888, S., 91. 2. 246, D., 90. 2. 365. — Trib. Seine, 12 avril 1894, D., 94. 2. 447. — Paris, 3 mars 1897, S., 97. 2. 102, D., 97. 2. 439. — Trib. Boulogne-sur-Mer, 27 oct. 1899, S., 1903. 2. 150, D., 1902. 2. 386. — Besançon, 14 février 1900, S., 1900. 2. 80, D., 1900. 2. 136. — Paris, 14 mars 1900, S., 1900. 2. 112, D., 1903. 2. 277. — Civ. rej., 14 avril 1902, S., 1903. 1. 121, note de M. Naquet, D., 1903. 1. 380. — *Contra :* Depeiges, *De la proc. du divorce,* n. 104; Poulle, *Le divorce,* p. 235. — Trib. Dieppe, 26 juin 1890, S., 90. 2. 200, D., 92. 2. 213. — Amiens, 16 fév. 1897, D., 97. 2. 492.

l'adultère qui a motivé le divorce. L'opinion contraire était déjà rejetée avant la loi du 15 décembre 1904, et la question ne pourrait même plus se comprendre depuis que cette loi, en abrogeant l'art. 298 du Code civil, a fait disparaître la prohibition de mariage qui aurait pu, autrefois, sinon juridiquement, du moins rationnellement, motiver l'opposition.

1631. II. Ce droit appartient ensuite aux ascendants des futurs époux, concurremment avec le conjoint, mais non pas concurremment entre eux, car l'art. 173, modifié par la loi du 21 juin 1907, précise l'ordre successif dans lequel ils peuvent l'exercer : « *Le père, et à défaut du père, la mère, les aïeuls* » *et les aïeules, peuvent former opposition au mariage de leurs* » *enfants et descendants, encore que ceux-ci aient vingt et un* » *ans accomplis.* »

Le droit du père, légitime ou naturel, la loi ne distinguant pas (1), prime donc celui de tous les autres ascendants (2) : ce n'est qu'à son défaut, c'est-à-dire si le père est mort ou, pour une cause quelconque, dans l'impossibilité d'exercer son droit (arg. art. 149 et 150) (3), que celui-ci passe à la mère. En conséquence, si le père consent au mariage, bien mieux si, n'y consentant pas, il garde le silence, la mère ne peut pas former opposition, n'eût-elle même pas été consultée (4). Et cependant, en pareil cas, l'officier de l'état civil doit refuser de procéder à la célébration ! Comment alors la mère n'est-elle pas autorisée à lui notifier officiellement la cause d'empêchement qui est relative à sa personne ? Il est

(1) Demolombe, III, n. 142 ; Planiol, I, n. 804.

(2) Le droit d'opposition appartient-il, en première ligne, au père, même depuis la modification de l'art. 152 par les lois du 20 juin 1896 et du 21 juin 1907, et quand même, après divorce ou séparation de corps prononcé, soit en sa faveur, soit contre lui, il n'aurait pas obtenu la garde de l'enfant? Cpr. Amiens, 23 oct. 1901, S., 1906. 2. 205, D., 1902. 2. 252.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 29, n. 4 ; Demolombe, III, n. 140 ; Demante, I, n. 246 *bis*, II ; Laurent, II, n. 377 ; Planiol, I, n. 804 ; Surville, I, n. 170.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Opp. à mar.*, n. 4, quest. 3 sur l'art. 173 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 29, n. 5, et § 462, p. 72, n. 26 ; Demolombe, III, n. 39 et 140 ; Demante, I, n. 210 *bis* ; Laurent, II, n. 378 ; Huc, II, n. 109 ; Planiol, I, n. 804 ; Surville, I, n. 170 ; Beudant, I, n. 269 ; Fuzier-Herman, art. 173, n. 1 s. — *Contra :* Duranton, II, n. 77, note 3 ; Delvincourt, I, p. 58, note 4 ; Vazeille, I, n. 119 ; Pezzani, n. 252 s. — Riom, 30 juin 1817, S., 18. 2. 41, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 97.

difficile de l'expliquer : car, si on peut comprendre que, lorsque son consentement lui a été demandé et qu'elle le refuse, on ne veuille pas lui permettre de rendre inutilement public le désaccord qui divise les parents, on cherche en vain pourquoi, lorsqu'on n'a même pas pris son avis, elle est privée du seul moyen réellement efficace de faire respecter le droit qu'elle a de le donner. Si peu rationnelle qu'elle soit, la loi n'en est pas moins des plus claires ; et c'est la faire, au lieu de l'interpréter, que d'accorder, du moins à la mère dont l'enfant est mineur, la faculté que la logique devrait lui faire reconnaître, mais que le texte lui refuse, ou que d'accueillir son opposition, comme l'a fait certain juge, jusqu'à ce que son enfant se soit mis en rapport avec elle. En réalité, elle n'a que le droit de communication officieuse dont toute autre personne jouit.

1632. A défaut des père et mère, c'est-à-dire si ni l'un ni l'autre ne peut manifester sa volonté, le droit d'opposition passe aux « aïeuls et aïeules ».

A la vérité, l'art. 173, modifié par la loi du 21 juin 1907, paraît leur donner concurremment avec la mère, mais il ne faut voir là qu'une erreur de rédaction (1). Les auteurs de cette loi n'ont voulu, bien évidemment, modifier l'art. 173 que pour le mettre en harmonie avec la règle nouvelle, qui fixe la majorité matrimoniale, dans tous les cas, à 21 ans. Il n'ont pas eu d'autre intention, et on peut d'autant moins admettre qu'ils aient voulu donner le droit d'opposition aux aïeuls et aïeules en même temps qu'à la mère, que cette extension de droit d'opposition irait à l'encontre du but général qu'ils ont poursuivi, savoir faciliter le mariage et enlever tous les obstacles inutiles qui peuvent l'entraver. D'ailleurs, on ne pourrait comprendre que les aïeuls et aïeules, qui n'ont même pas à être consultés quand la mère est vivante et capable de manifester sa volonté, eussent pourtant le droit d'opposition concurremment avec la mère, alors que cette dernière ne le possédait elle-même qu'à défaut du père, et que pourtant la loi fait un devoir à son enfant de lui

[1] *Contra :* Vallet, *op. cit.*, n. 6.

demander son consentement, même du vivant de son père supposé capable.

1633. Les aïeuls et aïeules n'ont donc le droit d'opposition qu'à défaut de la mère. Mais l'ont-ils concurremment entre eux, comme paraît encore le leur donner l'art. 173 C. civil, même en dehors des modifications introduites par la loi de 1907, ou ne l'ont-ils que les uns à défaut des autres?

On s'accorde d'abord à décider que, dans chaque ligne, l'aïeule ne peut, en dépit de la généralité du texte, former opposition qu'à défaut de l'aïeul (1). Cette solution résulte en effet, d'une part des travaux préparatoires (2), qui prouvent que l'on se préoccupa de proscrire formellement le concours des deux membres de la même ligne et qu'un amendement de Lebrun fut adopté en ce sens; et, d'autre part, de la situation de l'aïeule vis-à-vis de l'aïeul, qui, identique à celle de la mère dans ses rapports avec le père, doit logiquement être régie de la même façon.

1634. On s'accorde encore à reconnaître que les deux lignes jouissent concurremment du droit d'opposition, en ce sens que, si ni l'une ni l'autre n'a été consultée, ou si toutes deux ont répondu à la consultation par un refus, l'une d'elles peut en user malgré l'abstention de l'autre, sans qu'il y ait de prééminence au profit d'aucune, cette ligne ne fût-elle représentée que par une aïeule (3). Cette décision, qui ressort des travaux préparatoires (4), implique bien — et la remarque vaut d'être notée à cause de la difficulté suivante — que le droit d'une ligne est absolument égal à celui de l'autre, et entièrement indépendant de l'usage que celle-ci en fait.

Mais la doctrine se divise, au contraire, lorsqu'elle se demande si l'une des lignes peut encore user de son droit, en dépit du consentement que donne l'autre au mariage. Nous

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Oppos. à mar.*, n. 4, quest. 2 sur l'art. 173; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 29, n. 6; Demolombe, III, n. 140; Demante, I, n. 246 *bis*, II; Marcadé, art. 173, n. 595; Laurent, II, n. 379; Huc, II, n. 110; Planiol, I, n. 805; Fuzier-Herman, I, art. 173, n. 5. — Agen, 24 oct. 1888, S., 92. 2. 310, D., 90. 2. 105, note de M. Planiol. — *Contra :* Delvincourt, I, p. 61, note 5.

(2) Locré, *Lég.*, IV, p. 357 s., n. 26.

(3) Cf. note 1, *supra*,

(4) Locré, *Esprit du code Napoléon*, sur l'art. 173, p. 164.

nous prononçons, quant à nous, pour l'affirmative (1). Elle ressort nettement, à nos yeux, de la constatation qui vient d'être faite : contrairement à l'opinion générale, le droit des deux lignes ne serait plus égal, s'il était, pour chacune, subordonné dans son exercice à l'attitude que prendrait l'autre, en ce sens tout au moins qu'il s'éteindrait quand celle-ci consentirait au mariage. Or si, en se fondant sur le texte, on reconnaît cette égalité et cette indépendance lorsqu'aucune ne consent à l'union, on peut encore s'en prévaloir lorsque les aïeuls d'une ligne accordent leur consentement : la concurrence entre les deux lignes en résulte aussi bien dans le second cas que dans le premier.

Mais, objecte-t-on, le dissentiment entre les deux lignes emporte consentement. — Il est vrai, de même qu'en cas de désaccord entre les père et mère le consentement du père suffit. Et cependant on trouve communément illogique la disposition qui concentre le droit d'opposition entre les mains du père : pourquoi vouloir découvrir ce même défaut dans un texte dont la généralité l'exclut, en ce qui concerne les ascendants du second degré? — Parce que, insiste-t-on, la situation est, entre les deux lignes, pareille à celle des père et mère. — C'est précisément ce qu'il faut nier, et la preuve en est que, quand aucune ligne ne consent au mariage, l'initiative de l'opposition peut être prise par celle qui le veut, malgré l'inertie de l'autre. C'est donc qu'elles ne sont pas de même condition que les époux dans leurs rapports entre eux! Effectivement, et voilà quel a pu être le motif de distinguer, ceux-ci sont dans un état de subordination vis-à-vis l'un de l'autre, qui n'existe nullement dans les relations des deux lignes. Si on a pu admettre que l'autorité du mari doit, même en cette matière, s'imposer à la femme, il n'y avait aucune raison pour permettre aux ascendants de l'une des lignes de priver ceux de l'autre du droit qu'ils ont de faire opposition au mariage. Cette opposition aura sans doute ses effets tels quels, négatifs si les premiers persistent dans leur consentement, mais

(1) Demolombe, III, n. 140; Demante, *loc. cit.;* Planiol, *loc. cit.;* Fuzier-Herman, art. 173, n. 6. — *Contra :* Laurent, II, n. 379; Huc, II, n. 110. — Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 29.

elle aura tous ceux qu'elle pouvait avoir. Cette argumentation a, du reste, si bien impressionné certains des partisans de la doctrine contraire, qu'ils l'abandonnent pour le cas où la ligne opposante « n'a pas été du tout consultée » (1). Mais cette concession même donne le dernier coup au système, car l'opposition des ascendants n'a pas à être fondée sur une cause quelconque.

1635. Enfin, à défaut d'aïeuls et d'aïeules, le droit d'opposition passe aux bisaïeuls et bisaïeules ou autres ascendants d'un degré plus éloigné, qui sont compris dans les termes de l'art. 173, puisque c'est seulement « à défaut d'aucun ascendant » que l'art. 174 attribue ce droit à certains collatéraux (2).

1636. A quelques ascendants qu'il appartienne, ce droit entre leurs mains est absolu, en ce double sens qu'ils peuvent l'exercer même après que leurs descendants ont atteint leur majorité (art. 173) (3), et même sans motifs légaux, c'est-à-dire à la fois sans fonder leur opposition sur l'existence d'un empêchement véritable au mariage et sans indiquer aucunement leurs raisons (4). Leur affection présumée pour le futur époux tient lieu, pour le législateur, de toutes les garanties.

1637. Suit-il de là que l'opposition d'un ascendant a pour résultat nécessaire d'entraver le mariage, et qu'il est impossible au juge d'en donner main-levée ? Quelques-uns, par un souvenir de l'ancien droit (5), l'avaient pensé, dans les premiers temps qui suivirent la publication du code civil ; mais cette opinion est depuis longtemps discréditée. Cette opposition ne peut être maintenue que si elle est fondée sur un empêchement, dirimant ou prohibitif, par exemple sur le refus de consentement du père dont l'enfant n'a pas atteint

(1) Huc, II, n. 110.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 29 et 30, n. 7; Demolombe, III, n. 140; Demante, I, n. 211 *bis*, I, n. 246 *bis*, II, et 247 *bis*, II; Laurent, II, n. 377; Huc, II, n. 110; Planiol, I, n. 805.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 29, n. 3; Huc, *loc. cit.*; Beudant, I, n. 269.

(4) Portalis, *Exp. des motifs;* Locré, *Lég.*, IV, p. 501, n. 36; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 29, n. 2; Demolombe, III, n. 140; Planiol, I, n. 810 et 811; Surville, I, n. 170.

(5) *Code matrimonial*, v° *Oppos.*, p. 750 s. ; v° *Enfants de famille*, p. 553 s.

sa majorité, ou, dans le cas contraire, sur le défaut de notification du projet de mariage. Sinon, elle doit être forcément levée à la demande du futur époux (1), ainsi que l'a décidé la cour suprême, cassant un arrêt en sens contraire de la cour de Bourges, dans une espèce qui pourtant se présentait sous un jour bien favorable pour l'opposant. Il s'agissait d'un père qui prétendait justifier son opposition au mariage de sa fille, dont il avait reçu des actes respectueux, en alléguant que l'homme auquel elle voulait s'unir était un de ses anciens domestiques, forçat libéré, qui l'avait séduite. Si émouvant que fût le fait, il n'y avait pas d'autre solution conforme au droit que celle de la cour souveraine.

Rien en effet ne laisse apercevoir dans la loi que l'opposition ait, en la personne des ascendants, un caractère qu'elle n'a pas au regard de toutes autres personnes, et qu'elle prenne pour eux la force d'une sorte de *veto*, soumis, il est vrai, à l'approbation du juge. Rien ne confère ni à eux, ni à ce dernier, un pouvoir qui tiendrait de l'arbitraire, et qui annihilerait la faculté des descendants de se marier à leur volonté, à partir d'un certain âge. La loi a dispensé les ascendants d'appuyer leur acte d'opposition sur des motifs légaux : elle ne les a dispensés nullement d'en avoir, pour obtenir que leur opposition fût maintenue. Et, telle quelle, la faveur qui leur a été accordée a encore une double utilité. Elle leur permet d'abord d'arrêter momentanément le mariage et de

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Oppos. à mar.*, n. 4, quest. 4 sur l'art. 173; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 30, n. 8; Demolombe, III, n. 140; Demante, I, n. 246 *bis*, I; Duranton, II, n. 191 et 192; Valette sur Proudhon, I, p. 421, note *a*, et *Explic. somm.*, p. 101; Duvergier sur Toullier, I, n. 584, note *a*; Marcadé, I, art. 173, n. 596; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 294; Laurent, II, n. 399, 400 et 402; Huc, II, n. 111; Beudant, I, n. 269; Vazeille, I, n. 159 s.; Magnin, *Des minorités*, I, n. 153; Glasson, p. 187, note 1 et n. 137; Rieff, *Des actes de l'état civil*, n. 171; Fuzier-Herman, art. 176, n. 17 s.; Ancelot, *Rec. de lég. et de jurisp.*, 1852, III, p. 146 s. — Civ. cass., 7 nov. 1814, S., 15. 1. 245, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 264 et 265. — Pau, 18 juin 1867, S., 68. 2. 181. D., 67. 2. 144. — Trib. Lyon, 4 janv. 1868, D., 68. 3. 32. — Req. rej., 30 juin 1879, S., 79. 1. 416, D., 80. 1. 135. — Douai, 22 fév. 1897, D., 98. 2. 11. — Trib. Avesnes, 18 nov. 1897, D., 99. 2. 39. — Lyon, 16 mai 1906, S., 1906. 2. 168, D., 1907. 2. 21. — *Contra* : Delvincourt, I, p. 62, note 7; Allemand, I, n. 279 s. — Caen, 9 juin 1813, S., 13. 2. 377, D., *Rép.*, *loc. cit.* — Bourges, 30 mars 1813, S., 13. 2. 169. — Cpr. Paris, 21 fév. 1825, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 322. — Caen, 20 nov. 1837, S., 39. 2. 198, D., 39. 2. 122.

gagner du temps. Or « le temps, disait Portalis (1), est une grande ressource contre les déterminations qui peuvent tenir à la promptitude de l'esprit, à la vivacité du caractère ou à la fougue des passions ». Elle leur permet ensuite d'obliger le futur époux à en venir à une lutte judiciaire particulièrement pénible, pour triompher de l'obstacle élevé par l'opposition. Et l'espoir, fondé ou non, du législateur est qu'il reculera devant cette extrémité, ou qu'à son défaut, son futur conjoint, repoussé publiquement par la famille où il voulait entrer, prendra l'initiative de la rupture.

Si donc l'opposition des ascendants ne repose pas sur une cause légale, il en doit être nécessairement donné main-levée, sans que le juge puisse seulement, sous quelque prétexte que ce soit, retarder la célébration du mariage. Mais l'état de démence du futur époux serait un motif légal, qui permettrait au juge de maintenir l'opposition jusqu'à l'expiration du délai qu'il impartirait aux ascendants, ainsi que dans le cas de l'art. 174, pour faire prononcer l'interdiction. Encore pourrait-il donner main-levée *de plano*, si l'allégation de démence lui paraissait sans fondement (2).

1638. III. A défaut d'ascendant, le droit d'opposition appartient, mais pour deux cas seulement, aux collatéraux qu'énumère l'art. 174 : « *A défaut d'aucun ascendant, le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains, majeurs, ne peuvent former aucune opposition que dans les deux cas suivants : — 1° Lorsque le consentement du conseil de famille, requis par l'art. 160, n'a pas été obtenu ; — 2° Lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux : cette opposition, dont le tribunal pourra prononcer main-levée pure et simple, ne sera jamais reçue qu'à la charge, par l'op-*

(1) *Exp. des motifs*, Locré, *Lég.*, IV, p. 501, n. 36. — Cf. Gillet, *Rapp. au Trib., eod. loc.*, p. 534, n 10.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 31, n. 15; Demolombe, III, n. 141 ; Duvergier sur Toullier, I, n. 585, note *a;* Laurent, II, n. 401; Huc, II, n. 113; Allemand, I, n. 283; Fuzier-Herman, art. 174, n. 29 s. — Req. rej., 6 janv. 1829, S., 30. 1. 101, D., 29. 1. 94. — Pau, 18 juin 1867, précité. — Req. rej., 24 juill. 1872, S., 72. 1. 330, D., 73. 1. 208. — Req. rej., 30 juin 1879, précité. — *Contra :* Merlin, *Rép.*, v° *Oppos. à mar.*, quest. 6 sur l'art. 174. — Bruxelles, 15 déc. 1812, S., 13. 2. 238, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 273.

posant, de provoquer l'interdiction, et d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé par le jugement. »

Le droit d'opposition des frères et sœurs, oncles et tantes, cousins et cousines germains, seuls collatéraux qui en jouissent, présente les caractères suivants :

1° Il leur appartient individuellement et en concurrence, la loi les mettant tous sur la même ligne (1).

2° Il n'appartient qu'à eux personnellement et s'ils sont majeurs, de telle sorte qu'en cas de minorité leur tuteur ne peut pas l'exercer en leur nom (2). Ce n'est pas de leur propre tuteur, on le verra, que parle l'art. 175; et l'art. 174, en exigeant la condition de la majorité, n'a pas simplement voulu dire, ce qui allait de soi, que l'opposition n'était point susceptible d'être formée en personne par des mineurs, qui n'ont pas, en principe, l'exercice de leurs droits.

1689. 3° Il est limité dans ses causes à un double point de vue. D'abord il n'appartient qu'aux parents du futur époux en la personne duquel l'empêchement au mariage existe, et non aux parents de l'autre partie (arg. art. 174-2° cbn. art. 490) (3).

Il ne leur appartient ensuite que dans deux cas.

1er cas : le futur époux du chef duquel l'opposition est formée n'a pas obtenu le consentement du conseil de famille qui lui est nécessaire. L'empêchement se trouvant alors révélé à l'officier de l'état civil par l'acte de naissance, qui trahit la minorité de l'enfant, l'utilité de l'opposition n'apparaît que dans les hypothèses peu pratiques où un faux acte de naissance ou de consentement aurait été présenté, ou bien où ce consentement aurait été rétracté à l'insu de l'officier public (4).

(1) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 358, n. 28; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 32, n. 18; Demolombe, III, n. 142; Demante, I, n. 247, note 2; Laurent, II, n. 380; Huc, II, n. 112; Planiol, I, n. 806; Fuzier-Herman, art. 174, n. 1.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 30, n. 9 et 20; Demolombe, *loc. cit.*; Demante, I, n. 247 et 247 *bis*, I; Laurent, II, n. 381; Huc, *loc. cit.*; Planiol, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 174, n. 4 s. — *Contra* : Merlin, *Rép.*, v° *Oppos. au mar.*, art. 174, n. 4, et art. 175.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 32, n. 19; Demolombe, III, n. 150; Demante, I, n. 247 *bis*, III; Huc, *loc. cit.*

(4) Cpr. Planiol, I, n. 813-1°; Surville, I, n. 170.

1640. 2e CAS : l'opposition est fondée sur l'état habituel de démence, d'imbécillité ou de fureur du futur époux. Le terme employé par la loi pour désigner cet état est ici générique; mais du moins cet état doit-il être habituel (arg. art. 489), puisqu'il doit être de nature à faire provoquer l'interdiction (art. 174) (1).

L'opposition ainsi formée est régulière : elle n'a nul besoin d'être accompagnée d'une demande en interdiction, et produit par elle seule tous ses effets jusqu'à la demande de main-levée (2). Mais, celle-ci une fois intentée, l'opposition ne peut être maintenue que si l'interdiction est provoquée et s'il y est statué dans le délai qui doit être fixé par le juge (3), ou *a fortiori* si elle a déjà été prononcée par une décision antérieure (4), la justification des dires de l'opposant se trouvant alors, par avance, toute faite. La procédure en interdiction a lieu d'ailleurs, le cas échéant, dans les formes ordinaires (5).

1641. Mais le juge n'est même pas tenu de s'arrêter aux articulations de l'opposant, si elles lui paraissent dénuées de fondement sérieux, à la suite, par exemple, d'un interrogatoire du futur époux, et il peut alors donner main-levée pure et simple (6). Il ne saurait cependant le faire hors de la pré-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 31, n. 11; Demolombe, III, n. 146; Planiol, I, n. 813-2°.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 31, n. 13; Demolombe, III, n. 146; Duranton, II, n. 196; Laurent, II, n. 382; Huc, II, n. 113. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 174, n. 20 s.

(3) Cpr. Fuzier-Herman, art. 174, n. 22. — Lyon, 24 janv. 1828, S., 28. 2. 237, D., 29. 2. 121.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. XI, § 2; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 31, n. 12; Laurent, II, n. 386; Fuzier-Herman, art. 174, n. 24 s.

(5) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 31, n. 13; Demolombe, III, n. 146. — Cpr. Colmar, 15 déc. 1810, S., 11. 2. 93, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 270.

(6) *Disc. au C. d'Etat*, Locré, *Lég.*, IV, p. 358, n. 29; Merlin, *Rép.*, v° *Oppos. à mariage*, n. 4, quest. 5 sur l'art. 174; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 31, n. 15; Demolombe, III, n. 146; Toullier, I, n. 585; Huc, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 174, n. 27 s. — Req. rej., 6 janv. 1829, précité. — Req. rej., 24 juill. 1872, précité. — Req. rej., 30 juin 1879, précité. — Bordeaux, 29 juin 1880, S., 80. 2. 290. — Cpr. Trib. Seine, 3 août 1852, D., 68. 5. 285. — Il a été jugé, en revanche, que le tribunal devait surseoir à statuer sur la demande en mainlevée de l'opposition, quand le demandeur est l'objet d'une demande en interdiction sur laquelle le conseil de famille a émis l'avis unanime qu'il y a lieu de suivre. Paris, 6 déc. 1899, S., 1901. 2. 140, D., 1900. 2. 328.

sence de l'opposant, sur simple requête, et sans appel, comme le désirait le Tribunat (1), puisqu'il y a un véritable débat engagé entre l'auteur de l'opposition et celui qui cherche à s'en affranchir (2).

1642. Le juge serait-il même obligé de rejeter l'opposition, par cela seul que le conseil de famille du futur époux, interdit avant ou depuis qu'elle a été formée, lui accorderait son consentement au mariage? C'est ce que, en dépit de l'autorité des auteurs qui l'ont prétendu (3), nous ne saurions admettre. Vainement rappellent-ils que ce conseil a été investi d'un « certain pouvoir d'appréciation » par l'art. 175. Car, de ce qu'il soit appelé à autoriser le tuteur à former une opposition telle quelle, il n'en résulte aucunement qu'une délibération de lui suffise à enlever toute portée à l'opposition émanant d'un collatéral, dont le droit est entièrement indépendant. D'autre part, rien ne laisse apercevoir dans la loi le dessein de faire le conseil de famille, et non plus le tribunal, juge du mérite réel des allégations de l'opposant. Or ce serait bien de lui désormais, et non plus de la justice, que dépendrait pour l'interdit le droit de se marier, si sa volonté suffisait à faire écarter une opposition fondée sur la démence. Faut-il ajouter que, dans la plupart des circonstances, cette assemblée n'aurait même pas qualité pour exprimer un avis sur le projet du futur époux, et que par suite, sous le faux nom de consentement, c'est le droit de décider avant le magistrat qui réellement lui serait concédé, ou plutôt, dans l'opinion de MM. Aubry et Rau (4), le droit de lever l'empêchement prohibitif résultant, d'après eux, de l'interdiction? Enfin leur doctrine paraît d'autant moins logique qu'ils considèrent ici, comme « gardien légal des intérêts de l'interdit », ce même conseil auquel ils refusent, avec raison, lorsque l'interdit a atteint sa majorité, le droit de consentir au mariage qu'il projette.

(1) *Observ. du Trib.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 454, n. 11.
(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 31 et 32, n. 16; Demolombe, III, n. 146.
(3) Aubry et Rau, V, § 454, p. 32, n. 17.
(4) Aubry et Rau, V, § 464, p. 91, n. 5 et 6.

1643. IV. Concurremment avec les collatéraux désignés [1], et dans les mêmes cas [2], le droit d'opposition peut appartenir au tuteur ou au curateur de l'un des futurs époux, aux termes de l'art. 175 : « *Dans les deux cas prévus par le précédent* » *article, le tuteur ou curateur ne pourra, pendant la durée* » *de la tutelle ou curatelle, former opposition qu'autant qu'il* » *y aura été autorisé par un conseil de famille, qu'il pourra* » *convoquer.* » C'est à la requête du Tribunat que cet article a reconnu aux tuteurs et curateurs le droit de faire opposition « au mariage de ceux dont la personne est confiée à leur surveillance » [3], et cette précision prouve à elle seule qu'on s'est mépris, lorsqu'on a cru qu'il s'agissait des tuteurs et curateurs des collatéraux désignés en l'art. 174 [4].

Leur droit, limité comme celui des collatéraux, en ce qu'il ne s'ouvre qu'à défaut d'ascendant, car l'étroit lien qui unit les deux dispositions montre, quoi qu'on en ait dit, qu'elles s'appliquent exactement dans la même hypothèse [5], l'est plus encore, à un autre point de vue, en ce que son exercice est subordonné à l'autorisation préalable du conseil de famille, dont les tuteurs et curateurs peuvent à cet effet requérir la convocation. Cette assemblée était naturellement appelée à remplir son rôle ordinaire, qui est de délibérer sur les questions offrant le plus d'intérêt pour le pupille [6] ; aussi rien ne laisse supposer, contrairement à ce qu'on a prétendu, qu'elle ne doive pas s'en acquitter, lorsqu'il s'agit d'un enfant naturel non reconnu ou qui n'a plus ses père et mère [7].

1644. Le premier des cas où peut se produire l'opposition des tuteurs et curateurs, absence du consentement de l'assemblée de famille, n'offre aucune difficulté : ils sont alors constitués les gardiens de l'autorité de cette assemblée [8].

(1) Demolombe, III, n. 147.

(2) Planiol, I, n. 814; Surville, I, n. 170.

(3) *Observ. du Trib.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 453, n. 9.

(4) Aubry et Rau, V, § 454, p. 32, n. 20; Demolombe, III, n. 143; Laurent, II, n. 335; Planiol, I, n. 807; Surville, I, n. 170. — *Contra :* Merlin, *Rép.*, v° *Oppos. à mariage*, n. 4, quest. 4 sur l'art. 174 et art. 175.

(5) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 32. — *Contra :* Demante, I, n. 248 *bis*, I.

(6) Cpr. Demolombe, III, n. 147.

(7) Demolombe, III, n. 149. — *Contra :* Delvincourt, I, p. 62, note 4.

(8) Cpr. Surville, I, n. 170.

Mais il n'en est pas de même de l'hypothèse où elle est fondée sur l'état de démence du futur époux.

Si celui-ci est mineur, qu'il soit ou non émancipé, l'utilité de l'opposition ainsi fondée ne se conçoit guère, ou du moins elle se comprend seulement dans des situations que l'ingéniosité des interprètes a plutôt suggérées que la réalité pratique. Et en effet, ou le conseil de famille aura refusé son consentement au mariage, et il sera alors infiniment plus simple d'appuyer l'opposition sur cette première cause, qui est péremptoire; ou il l'aura accordé, au contraire, et partant il n'autorisera pas le tuteur à s'opposer au mariage sous couleur de démence. Pour qu'il l'autorisât, il faudrait imaginer, et c'est une des suppositions qu'on a faites, que, l'état de démence lui paraissant douteux, il veut laisser agir le tuteur, sans rétracter d'ores et déjà son consentement. On pourrait supposer aussi que le conseil de famille voulût aller, par l'organe du tuteur ordinaire ou du curateur, à l'encontre du consentement inconsidéré qu'aurait donné au pupille un ascendant qu'il possédait encore (1). Mais, pour qu'il en fût ainsi, on devrait démontrer, soit, contrairement à l'opinion générale, que l'une des conditions d'application de l'art. 175 n'est pas précisément l'absence de tout ascendant, soit, ce qui est au moins douteux, que le tuteur et le conseil de famille jouissent encore du droit d'opposition lorsque le consentement au mariage doit émaner, non de cette assemblée, mais d'une personne spécialement désignée à cet effet (2). La vérité est donc qu'en cas de minorité du pupille il ne peut guère y avoir lieu à une opposition utilement fondée sur son état d'esprit (3).

Est-ce à dire que l'art. 175 ne régit qu'un seul cas, comme on l'a écrit, ou qu'il n'est qu'un « simple effet de la symétrie dans les mots » (4)? Ce serait constater un non-sens dans

(1) Demante, I, n. 248 *bis*, I. — Cf. encore, pour le cas où, avant 1907, le consentement aurait été donné par un tuteur *ad hoc*, Valette sur Proudhon, I, p. 422, note *a*; Surville, I, n. 170.

(2) Demolombe, III, n. 148; Massol, *Rev. de dr. franç. et étr.*, 1846, III, p. 177 s.

(3) Cpr. Planiol, I, n. 814.

(4) Duranton, II, n. 199; Huc, II, n. 114. — Cpr. Valette sur Proudhon, I, p. 422, note *a*; Laurent, II, n. 385 et 386; Mourlon, *Répétitions*, I, p. 319, note.

la loi, alors qu'il est possible de trouver une application à son texte dans le cas de majorité du pupille, placé en état d'interdiction judiciaire. Faussement a-t-on objecté que l'art. 175 comme l'art. 174, auquel il renvoie, supposent nécessairement que l'interdiction n'a pas encore été prononcée, puisqu'il a été déjà constaté (1), au contraire, qu'elle vient donner à l'opposition le meilleur des soutiens. Inutilement a-t-on dit que l'intervention du conseil de famille ne se comprend plus en l'espèce, car, « si l'interdit est capable de se marier, il peut le faire sans aucun consentement ; s'il est incapable, certes le consentement du conseil de famille ne lui donnera pas la capacité qui lui manque ». Il est trop évident en effet que la question ne se pose qu'une fois reconnue la capacité de l'interdit, et que l'avis favorable dont le tuteur doit se munir auprès du conseil est alors la plus sérieuse des garanties préalables dont puisse être entourée une opposition, dont cette aptitude n'exclut ni l'opportunité, ni la possibilité légale (2).

1645. Le texte comme l'esprit de la loi, qui a été de restreindre le droit d'opposition dans d'étroites limites, les effets mêmes de l'usage de ce droit, qui porte atteinte à la liberté du mariage, tout démontre qu'il ne peut être exercé sur le fondement d'un intérêt privé que par les personnes et pour les causes qui viennent d'être spécifiées (3). Ainsi, ni le descendant, ni le neveu ne peuvent élever cet obstacle au mariage de leur ascendant ou de leur oncle, comme paraît le commander le respect qu'ils doivent à ces parents (4).

(1) Cf. *supra*, n. 1640.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 32, n. 21 ; Demolombe, III, n. 148 ; Demante, I, n. 248 *bis*, II, Marcadé, II, art. 175-II, n. 601 ; Fuzier-Herman, art. 175, n. 2 s. — *Contra :* Duranton, II, n. 199 ; Beudant, I, n. 270.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Oppos. à mariage*, n. 4, quest. 1 sur l'art. 174 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 33, n. 23 et 24 ; Laurent, II, n. 383 ; Planiol, I, n. 809 ; Beudant, I, n. 270 ; Fuzier-Herman, art. 175, n. 5.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 33, n. 25 ; Demolombe, III, n. 144 et 150 ; Proudhon, I, p. 423 ; Toullier, I, n. 585 ; Duranton, II, n. 193, note 2 ; Delvincourt, I, p. 62, note 1 ; Laurent, *loc. cit.* ; Beudant, *loc. cit.* ; Huc, II, n. 115 ; Planiol, I, n. 806 et 809 ; Fuzier-Herman, art. 174, n. 6 s. ; Vazeille, I, n. 165 ; Allemand, I, n. 281 ; Demolombe, *Rev. crit. de jur.*, 1851, I, p. 513 ; Ancelot, *Rev. de législ. et de jur.*, 1852, III, p. 146 s. — Bruxelles, 22 avril 1806, S., 06. 3. 157, D., *Rép.*,

Ainsi encore les collatéraux autres que ceux de l'art 174 et les alliés ne jouissent, en aucun cas, de ce droit (1). Ainsi enfin les collatéraux de l'art. 174 eux-mêmes ne sont pas admis à fonder leur opposition, dans le silence de ce texte, même sur l'empêchement dirimant le plus grave, tel que l'existence d'un premier mariage non dissous ou le caractère incestueux de celui qui est projeté (2).

1646. Est-ce cependant que tout parent, à quelque degré qu'il soit du futur époux, ne puise pas, dans la faculté que lui ouvre l'art. 490 de provoquer l'interdiction de son parent, le droit, par voie de conséquence, de s'opposer à son union pour cause de démence? On l'a prétendu parfois, mais au mépris du principe certain qui vient d'être posé. De plus l'affirmative conduirait à considérer l'art. 174-2° comme abrogé par la disposition précitée, supposition contraire elle-même à toutes les règles de l'interprétation. L'une des facultés n'implique d'ailleurs nullement l'autre, et de ce que l'on puisse, pour la sauvegarde de ses intérêts pécuniaires, faire interdire une personne, il ne s'ensuit point forcément qu'on puisse aussi, dans un intérêt surtout moral, faire obstacle à son mariage. Cette indépendance des deux droits peut sans doute amener des situations regrettables : il est possible que, pendant la procédure en interdiction, celui contre lequel elle est dirigée se mette en mesure de faire célébrer son mariage, sans que le poursuivant ait un moyen légal et absolu de l'en empêcher, s'il n'est pas investi du droit d'opposition. Mais ce n'est pas un motif pour admettre, avec certains auteurs (3), que l'opposition rentre alors parmi les mesures conservatoires susceptibles d'être prises à sa requête (art. 497). Outre que ce serait là une mesure bien singulière, le principe rappelé interdit absolument, quant à celle-là, de la prendre :

v° *Mariage*, n. 285; Aix, 16 mars 1813, S., 14. 2. 10, D., *loc. cit.* — Nimes, 13 août 1823, S. chr., VII. 2. 259. — Toulouse, 9 janv. 1839, S., 39. 2. 274, D., 39. 2. 92. — Lyon, 11 déc. 1850, S., 51. 2. 189, D., 51. 2. 243. — Trib. Bourg, 21 fév. 1870, S., 70. 2. 126. — Civ. rej., 28 août 1872, S., 72. 1. 329 et note, D., 72. 1. 345.

(1) Demolombe, III, n. 150; Demante, I, n. 247 *bis*, III; Huc, *loc. cit.*; Planiol, I, n. 809; Fuzier-Herman, *loc. cit.*, n. 15.

(2) Planiol, I, n. 808.

(3) Demolombe, III, n. 145.

pas plus au cours qu'en dehors d'une instance, une opposition ne peut être formée par qui n'a pas qualité. Le seul remède à la situation consistera dans la dénonciation officieuse qui fera connaître à l'officier de l'état civil que l'un des futurs époux est en état d'aliénation mentale, et qui vraisemblablement suffira à arrêter le mariage. Mais, efficace ou non, ce moyen nous paraît être le seul légal, et la loi serait violée s'il était sursis à statuer sur le mérite de l'opposition irrégulière, jusqu'à la prononciation du jugement d'interdiction (1).

1647. V. Le ministère public enfin n'a-t-il pas le droit d'opposition, au nom des intérêts généraux dont il a la garde? Grave est sur ce point la controverse, et on ne compte pas à cet égard moins de trois opinions différentes. L'une le lui refuse dans tous les cas (2). L'autre le lui accorde dans tous ceux où l'ordre public l'exige, ou toutes les fois que l'empêchement invoqué « est fondé sur une loi d'intérêt général et d'ordre public » (3). Une dernière enfin, qui réunit les autorités les plus considérables, ne l'autorise à former opposition qu'aux seuls mariages dont il pourrait demander la nullité (4). Mais toute la discussion se réduit, en somme, à des termes très simples.

Le ministère public tient-il d'abord ce droit du code civil?

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 295; Laurent, II, n. 384; Huc, II, n. 115; Fuzier-Herman, art. 174, n. 11 s.; Allemand, I, n. 281. — Civ. rej., 28 août 1872, précité.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Oppos. à mar.*, n. 4, quest. 3 sur l'art. 174; Toullier, I, n. 591 et 592, et Duvergier, note *a*; Laurent, II, n. 387; Huc, II, n. 116; Vazeille, I, n. 165; Allemand, I, n. 285; Garsonnet, *Cours de proc.*, 2e éd., I, § 196; Ortolan et Ledeau, *Du min. publ.*, I, liv. II, tit. I, ch. IV, n. 1; Debacq, *De l'action du min. publ. en matière civ.*, p. 334 s.; Dutruc, *Mémor. du min. publ.*, v° *Mar.*, n. 39. — Paris, 26 avril 1833, S., 33. 2. 286, D., 33. 2. 207. — Cf. Planiol, I, n. 809 et 815; Fuzier-Herman, art. 175, n. 6 s.

(3) Valette sur Proudhon, I, p. 420, note *a*, et *Explic. somm.*, p. 104; Demante, I, n. 249 et 249 *bis*; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 291; Beudant, I, n. 270. — Bordeaux, 20 juill. 1807, S., 9. 2. 389. — Limoges, 17 janv. 1846, S., 46. 2. 97, D., 46. 2. 34. — Toulouse, 9 juin 1852, D., 52. 2. 169.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 34, n. 27; Demolombe, III, n. 151; Duranton, II, n. 201 et 345; Delvincourt, I, p. 62, note 1; Marcadé, I, art. 175-III, n. 602; Surville, I, n. 170 *in fine*; Rieff, *Des actes de l'état civil*, n. 169. — Req. rej., 2 déc. 1851, S., 52. 1. 54, D., 52. 1. 81. — Civ. cass., 21 mai 1856, S., 57. 1. 111, D., 56. 1. 208. — Req. rej., 28 nov. 1877, S., 78. 1. 337, D., 78. 1. 209. — Grenoble, 14 janv. 1889, D., 90. 2. 193, note de M. Flurer.

Non, évidemment, en ce qui concerne le siège même de la matière, le chapitre « *Des oppositions* ». Quelque autre texte, placé en dehors de ce chapitre, le lui confère-t-il expressément ? Pas davantage. Mais on prétend que la faculté qu'il a « de provoquer l'annulation de certains mariages emporte virtuellement pour lui le droit de former opposition à leur célébration. » « C'est le cas d'appliquer ici le principe *qui peut le plus, peut le moins,* et la maxime *Melius est causam intactam servare, quam vulnerata causa remedium quærere.* » — On s'est parfois attardé à répondre à cette argumentation que la loi avait très bien pu refuser au ministère public le droit d'opposition, qui ajourne nécessairement et peut même faire avorter le mariage, tout en lui permettant de l'attaquer après la célébration, lorsque son sort est fixé. Mieux vaut s'en tenir à une autre réplique, qui est péremptoire. La preuve que le principe et la maxime invoqués n'ont ici rien à faire, c'est que leur application conduirait, en cas d'empêchement entraînant une nullité absolue, à reconnaître à tous les intéressés la faculté de faire opposition à la célébration, alors que les collatéraux eux-mêmes, qui cependant la possèdent dans deux autres cas, n'en jouissent pas pour cette hypothèse ! C'est donc qu'on ne peut conclure du droit de demander l'annulation du mariage au droit d'y faire opposition, et dès lors c'est énoncer la plus surprenante des contre-vérités que de prétendre, comme le fait Demolombe (1), qu'en général l'un emporte l'autre. Or, s'il en est ainsi pour les personnes privées, comment n'en serait-il pas de même pour le ministère public, dont le droit d'action est encore plus limité que le leur, en matière de mariage? Expliquera-t-on pourquoi ce droit ferait pour lui, et pour lui seulement, supposer l'autre en sa personne?

1648. Cette réfutation paraît être la condamnation absolue du dernier système et la justification même du premier. **Mais le droit d'opposition, que le code refuse par son silence au représentant de la société, ne lui a-t-il pas été concédé par la loi du 20 avril 1810? Beaucoup plus délicate est la**

(1) III, n. 151, p. 251.

difficulté sur ce point. L'art. 46 de cette loi dit en effet : « en matière civile, le ministère public agit d'office dans les cas exprimés par la loi. — Il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements; il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. » Qu'il ne puise point ce droit dans le premier alinéa de cette disposition, c'est ce qui est incontestable, en l'absence d'un texte exprès qui le lui confère. Mais ne le trouve-t-il pas du moins dans le deuxième alinéa, ainsi que l'affirment certains auteurs? C'est ce que nous croyons avec eux, lorsque la célébration du mariage doit porter atteinte à l'ordre public, car on est alors pleinement dans le texte et dans l'esprit de la loi, qui confie au ministère public le soin des intérêts généraux de la société et voit dans son intervention d'office le seul moyen efficace de les garantir. Or ils souffriraient cruellement, à coup sûr, de l'attitude expectante dans laquelle il devrait se renfermer, s'il ne pouvait s'opposer à la réalisation du mariage le plus scandaleux, d'une union incestueuse, par exemple. Ce droit d'opposition, l'art. 46 de la loi de 1810 le lui fournit, selon nous, dans son second alinéa.

Mais, objecte-t-on, n'est-ce pas admettre que « le législateur, après avoir restreint l'action d'office du ministère public aux cas spécifiés par la loi, l'a ensuite étendue à tous ceux dans lesquels l'ordre public se trouve intéressé, et établir ainsi une opposition manifeste entre les deux parties de l'art. 46 » ? « Une règle aussi importante, dit un auteur (1), qui modifierait aussi radicalement l'institution du ministère public, ne peut être ainsi induite d'un texte qui, comme tant d'autres, n'est qu'une redondance. »

On avouera tout d'abord qu'il faut quelque complaisance pour ne voir, dans le second alinéa d'un texte si grave, qu'une inutile répétition du premier. En fait, il ne le répète pas plus qu'à nos yeux il ne l'altère. Sans doute, comme le remarquent MM. Aubry et Rau, la généralité de la règle contenue dans celui-ci exclut toute distinction qu'on voudrait faire entre les hypothèses où l'intérêt public est engagé et celles où il n'est

(1) Duvergier sur Toullier, I, n. 591, note *a*.

pas en jeu, d'autant que l'intervention du ministère public est toujours fondée sur des considérations de cette nature. Mais il est permis de résoudre plus simplement l'objection proposée. Si le ministère public ne peut agir en justice qu'en vertu d'un texte formel, et si cette règle est absolue, cependant, aux termes de l'alinéa 2 de notre article, il peut, par voie extrajudiciaire, et doit assurer l'exécution des lois qui intéressent l'ordre public. Or l'opposition est précisément un acte extrajudiciaire.

Observerait-on qu'elle peut néanmoins le conduire à un débat en justice, auquel le premier alinéa lui défendrait de prendre part? Mais, d'abord, il n'en sera pas ainsi nécessairement; ce sera même des plus rares, car, s'il agit à bon escient, bien audacieux seraient les futurs époux qui voudraient entrer en lutte avec le procureur de la République, pour faire déclarer possible un mariage qui se heurte à quelque véritable empêchement. Le procès s'engageât-il, que ce ne serait pas encore le procureur qui aurait « agi » et qui en aurait pris l'initiative, comme le lui interdit la première de nos deux dispositions. Et cette remarque n'est pas une pure subtilité. Est-ce qu'en effet la seule éventualité d'une instance dans laquelle il peut être appelé doit l'empêcher d'user de son droit et de remplir son devoir, qui sont de poursuivre d'office l'exécution des prescriptions légales intéressant l'ordre public? Mais, à ce compte, son droit, tel qu'il ressort de l'art. 46, 2e al., de la loi de 1810, se réduirait considérablement, car le plus ordinairement son intervention est susceptible de soulever une contestation en justice. La vérité est que l'application de ce second alinéa ne doit pas être paralysée par la règle contenue dans le premier. Or le ministère public reste strictement dans les limites que tous deux tracent à ses fonctions, en formant une opposition, simple acte extrajudiciaire, à un mariage qui blesse l'ordre public.

L'opinion à laquelle nous nous rallions nous paraît ainsi se confondre dans ses conclusions, si elle diffère dans sa formule, du système d'après lequel le ministère public n'est investi de ce droit que dans les cas où l'empêchement qu'il invoque est fondé « sur une loi d'intérêt général et d'ordre

public ». Car quel est l'empêchement qui, à un degré plus ou moins accentué, n'ait pas ce fondement? Et, s'ils l'ont tous, ce système revient à dire, comme nous le faisons, que le droit des représentants de la loi ne cesse qu'avec les exigences de l'intérêt social.

1649. Au demeurant, cette discussion doctrinale perd de son intérêt pratique, à raison de la faculté qu'a toute personne de dénoncer à l'officier de l'état civil les causes qui s'opposent à la célébration du mariage, et d'inviter ainsi ce magistrat, sinon de l'obliger, à y surseoir, sous sa responsabilité personnelle, si la dénonciation lui paraît fondée, sauf aux parties à le contraindre, par les voies judiciaires, d'y procéder. Or cette dénonciation acquiert toute la force d'une défense véritable, lorsqu'elle émane du procureur de la République, dont relève hiérarchiquement l'officier de l'état civil, sans toutefois que, même alors, elle revête les caractères de l'opposition (1).

§ II. *Des formes de l'opposition.*

1650. L'opposition, qui peut survenir utilement jusqu'à la célébration de l'union (2), se forme par acte extrajudiciaire, et rentre, comme telle, dans le ministère de l'huissier. Faite verbalement ou par acte sous seing privé, elle devrait donc être considérée comme non avenue (3).

Il en devrait être de même d'un acte d'opposition dressé en pays étranger et transmis par la poste à l'officier de l'état civil (4).

1651. Cet acte doit être rédigé en la forme ordinaire des

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Oppos. à mar.*, n. 4, quest. 3 sur l'art. 174; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 35 et 36, n. 28 et 29; Demolombe, III, n. 152; Demante, I, n. 247 *bis*, I, note 1, et n. 249 *bis*; Toullier, I, n. 592; Duranton, II, n. 200; Valette sur Proudhon, I, p. 419, note *a*; Beudant, I, n. 264, 266 et 270; Fuzier-Herman, art. 174, n. 16 s., et art. 175, n. 13. — Cf. Civ. cass., 28 fév. 1860, S., 60. 1. 210, D., 60. 1. 57.

(2) Aubry et Rau, V, § 455, p. 36, n. 1; Demolombe, III, n. 162; Vazeille, I, n. 177. — Montpellier, 12 août 1839, S., 39. 2. 540, D., 40. 2. 43.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 36, n. 2; Huc, II, n. 117. — Paris, 18 déc. 1868, sous Cass., S., 72. 1. 329, D., 72. 1. 345. — *Contra* : Fuzier-Herman, art. 66, n. 1. — Montpellier, 12 août 1839, précité.

(4) Trib. Nice, 25 mars 1890, *J. Clunet*, 1903, p. 172.

exploits (1); mais il doit en outre présenter dans sa contexture les particularités suivantes :

1° Etre signé, sur l'original et sur la copie, par l'opposant ou par son fondé de procuration spéciale et authentique, à l'intermédiaire duquel il est donc forcé d'avoir recours, s'il ne sait pas signer. Cette règle, posée par l'art. 66-1re partie, en ces termes : « *les actes d'opposition au mariage seront signés sur l'original et sur la copie par les opposants ou par leurs fondés de procuration spéciale et authentique* », a pour objet de prévenir les oppositions qui seraient faites sous un nom ou en une qualité qui n'appartiendraient pas à leurs auteurs, en exposant aux peines du faux ceux qui se risqueraient à commettre cette fraude (2).

Par application de la théorie des nullités virtuelles, on considère généralement que la signature est un élément substantiel de l'acte, et qu'il est exigé, par suite, à peine de nullité (3). Cette opinion soulève cependant les doutes les plus graves, même abstraction faite de l'art. 1030 C. pr., à raison de la différence de rédaction des deux art. 66 et 176, dont le dernier seul assure expressément par la nullité l'accomplissement des formalités requises. D'autre part, l'absence de la signature diminue seulement les garanties dont l'opposition doit être entourée, sans l'empêcher nullement, en fait, d'atteindre son objet.

1652. 2° Enoncer la qualité de l'opposant, pour prévenir les oppositions irrégulières : « *Tout acte d'opposition énoncera la qualité qui donne à l'opposant le droit de la former* » (art. 176, 1re partie) (4).

(1) Planiol, I, n. 816; Fuzier-Herman, art. 176, n. 3.

(2) Planiol, I, n. 817.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 36, n. 3; Demolombe, III, n. 154; Demante, I, n. 251 *bis*, I; Marcadé, I, art. 176-II, n. 604; Beudant, I, n. 271; Rieff, n. 167; Fuzier-Herman, art. 6, n. 2. — Liège, 24 oct. 1812, S. chr., IV. 2. 193, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 295. — *Contra:* Taulier, I, p. 295; Laurent, II, n. 393; Vazeille, I, n. 171; Coin-Delisle, *Des actes de l'état civil*, art. 66, n. 2. — Trib. Bourg, 20 fév. 1870, S., 70. 2. 126. — *Cf.* Fuzier-Herman, art. 176, n. 8 s.

(4) Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Oppos. à mar.*, n. 4, quest. 1 sur l'art. 176; Duranton, II, n. 207; Delvincourt, I, p. 62, note 5; Planiol, I, n. 816; Fuzier-Herman, art. 176, n. 10. — Bruxelles, 13 therm. an XI, S. chr., IV. 2. 513, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 294.

1653. 3° Enoncer pareillement, dans le même but, le motif légal sur lequel elle est fondée, à moins qu'elle n'émane d'un ascendant : « *il devra également, à moins qu'il ne soit fait à la requête d'un ascendant, contenir les motifs de l'opposition* » (art. 176, 3e partie) (1).

1654. 4° Contenir enfin élection de domicile dans le lieu de la célébration du mariage : « *il contiendra élection de domicile dans le lieu où le mariage devra être célébré* » (art. 176, 2e partie). C'est pour que le futur époux contre lequel l'opposition est dirigée puisse en demander la mainlevée au tribunal du domicile élu, supposé être le plus à sa portée, que cette élection est requise : elle est donc attributive de compétence (2).

Cette élection pourra être faite dans les termes mêmes où le veut la loi, lorsque la publication indiquera la commune où le mariage doit être célébré. Mais, contrairement à ce que pensaient certains des rédacteurs du code civil (3), ce cas sera l'exception. Elle pourra l'être encore de même, s'il n'y a qu'une commune où la solennité puisse avoir lieu. Mais, s'il y en a plusieurs, et, comme cela peut se produire, jusqu'à quatre? Si le plus prudent, en pareil cas, est d'élire domicile dans toutes, il paraît toutefois suffisant de le faire au lieu où le futur époux du chef duquel l'opposition est formée, a, soit son domicile général, soit son domicile matrimonial, c'est-à-dire une résidence d'un mois, puisqu'il peut entamer ainsi sa procédure sans se déplacer ou presque (4). Quelques-uns

(1) Planiol, *loc. cit.*

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Oppos. à mar.*, n. 4, art. 177, quest. 1 ; Aubry et Rau, V, § 457, p. 39, n. 3 ; Demolombe, III, n. 156 et 157 ; Duranton, II, n. 212; Demante, I, n. 251 *bis*, III ; Laurent, II, n. 391 et 398 ; Planiol, I, n. 818 ; Surville, I, n. 171; Beudant, I, n. 272. — Paris, 27 mars 1841, S., 41. 2. 432, D., 41. 2. 164. — Orléans, 28 août 1845, *Journ. Pal.*, 45. II. 355, D., 46. 4. 364. — Req. rej., 5 juill. 1859, S., 59. 1. 451, D., 59. 1. 316. — Trib. Seine, 10 janv. 1872, D., 72. 3. 40. — Bourges, 19 fév. 1872, D., 72. 5. 315. — *Contra :* Paris, 23 mars 1829, S., 29. 2. 231, D., 29. 2. 212. — Cf. *infra*, n. 1667.

(3) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 359, n. 31.

(4) Aubry et Rau, V, § 455, p. 37, n. 8; Demolombe, III, n. 156; Toullier, I, n. 587, note ; Duranton, II, n. 208 et 210; Proudhon, I, p. 425; Laurent, II, n. 391; Huc, II, n. 118; Vazeille, I, n. 170. — Douai, 15 nov. 1841, S., 42. 2. 301, D., 42. 2. 234.

pensent même que l'élection peut être valablement faite dans l'une quelconque des communes où la célébration est possible (1). Mais peut-être est-ce trop faire prévaloir le texte vague de la loi sur son esprit, l'opposition pouvant alors obliger à de grands dérangements la partie contre laquelle elle est dirigée, si elle doit aller plaider au domicile de son futur conjoint.

1655. La loi tient assez à l'observation de ces trois dernières prescriptions pour leur donner une double et sévère sanction : « *Le tout,* dit l'art. 176 *in fine, à peine de nullité, et de l'interdiction de l'officier ministériel qui aurait signé l'acte contenant opposition.* »

La responsabilité de l'huissier est ainsi trop directement engagée pour qu'on hésite à lui reconnaître le droit, qu'on lui a pourtant contesté, de refuser son ministère à toute personne qui voudrait lui faire dresser un acte d'opposition manifestement illégal, soit par défaut de qualité, soit par absence de motifs valables. Ce droit nous paraît impliqué dans sa responsabilité même, qui est pour la loi un des moyens les plus efficaces d'empêcher les oppositions purement vexatoires. Ce n'est pas à dire que l'officier ministériel puisse s'ériger en juge de la validité de l'opposition, et contester, par exemple, la sincérité du motif légal indiqué par l'opposant ou la qualité qu'il se donne. Mais du moins peut-il exiger qu'on lui fournisse toutes les indications nécessaires pour dresser un acte régulier et qui le mette à l'abri des peines légales : dans ces limites, sa résistance ne peut compromettre aucun droit, tandis que sa soumission le compromettrait lui-même (2).

1656. La dernière partie de l'art. 66 règle enfin la signification des actes d'opposition : « *Ils seront signifiés, avec la copie de la procuration, à la personne ou au domicile des parties, et à l'officier de l'état civil, qui mettra son visa sur l'original.* »

Ainsi l'acte doit être signifié d'abord aux deux futurs époux,

(1) Cpr. Demante, *loc. cit.;* Laurent, *loc. cit.;* Planiol, I, n. 818; Fuzier-Herman, art. 176, n. 5 s.

(2) Demante, I, 251 *bis,* IV; Laurent, II, n. 392; Planiol, I, n. 819. — *Contra :* Demolombe, III, n. 155. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 176, n. 29 s.

partant même à celui du chef duquel l'opposition n'est pas faite : il a effectivement intérêt à la connaître, d'autant que le vœu de la loi est qu'elle l'amène parfois à renoncer à son projet (1).

La signification de l'acte d'opposition aux parties peut leur être faite, soit à personne, soit à domicile, conformément à l'art. 68 C. pr. Si elle leur est faite à domicile et s'ils ne se trouvent pas chez eux, quand l'huissier se présente, ce dernier devra se conformer aux dispositions de ce même art. 68 C. pr., modifié par la loi du 15 février 1899. En conséquence, la copie qui leur était destinée devra être remise, sous pli fermé, à leurs parents ou serviteurs ou, à défaut, à un voisin, qui signera l'original. Que si ce voisin ne peut ou ne veut signer, c'est au maire ou à l'adjoint de la commune que la copie devra être remise, également sous pli fermé, et c'est également par cet officier public que l'original devra être visé.

L'acte d'opposition doit être ensuite signifié à l'officier de l'état civil, qui vise l'original, suivant la règle générale à laquelle doit obéir tout officier public qui reçoit comme tel une signification (art. 68, 69 et 1039 C. pr.), pour éviter ainsi un conflit d'affirmations opposées, émanant de personnes investies d'une qualité publique (2). Ce visa devrait donc être demandé, sur son refus, au procureur de la République (arg. art. 1039 C. pr.) (3), et son absence entraînerait la nullité de l'exploit, par application de l'art. 70 C. pr., combiné avec les art. 68 et 69 (4).

1657. Mais à quel officier municipal la signification doit-elle être faite? Cette difficulté est analogue à celle qu'on a déjà rencontrée à propos de l'élection de domicile. C'est tout naturellement à l'officier de la commune où le mariage doit être célébré, si elle est connue, c'est-à-dire, par exemple, mentionnée dans la publication. Au cas contraire, si le plus

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 36, n. 5; Demolombe, III, n. 158; Demante, I, n. 251 *bis*, II; Duranton, II, n. 209; Laurent, II, n. 394; Vazeille, I, n. 171. — Cpr. Planiol, I, n. 820-1°.

(2) Planiol, I, n. 821.

(3) Demolombe, III, n. 159; Coin-Delisle, art. 66, n. 5.

(4) Demante, I, n. 251 *bis*, I.

prudent est, ici encore, de signifier l'opposition aux officiers de l'état civil de toutes les communes où la célébration est possible, il suffit cependant, lorsque les certificats de publication n'ont pas encore été délivrés, de la signifier à l'officier de l'une quelconque des communes où celle-ci a été faite, puisque, par son canal, la connaissance de l'opposition doit parvenir régulièrement à celui qui est appelé à unir les futurs époux (Cf. art. 69 et 76-6°) (1).

1658. L'opposition qui ne serait signifiée, ni à l'officier de l'état civil, ni aux parties, ne produirait évidemment aucun effet : *idem est non esse et non significari.*

Celle qui serait signifiée aux parties, sans l'être à l'officier public, ne mettrait pas non plus obstacle à la célébration, puisqu'il ne serait pas légalement informé de son existence (2).

Celle qui n'aurait été signifiée qu'au futur époux du chef duquel elle est formée aurait, au contraire, toute sa validité, puisque l'autre n'est qu'accessoirement intéressé à la connaître, et qu'on ne peut point dès lors appliquer à ce cas la théorie des nullités virtuelles (3).

Enfin l'opposition qui n'aurait été signifiée qu'à l'officier de l'état civil suffirait pour l'obliger à surseoir la célébration. Mais le tribunal devrait en donner main-levée, après en avoir prononcé la nullité pour défaut de signification aux futurs époux, par application des règles générales des art. 68 et 70 C. pr. civ., auxquelles rien ici ne déroge (4).

§ III. *Des effets de l'opposition.*

1659. L'opposition a pour effet immédiat d'interdire à l'officier de l'état civil de procéder à la célébration du mariage :

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 36 et 37, n. 6 ; Demolombe, III, n. 160 ; Demante, I, n. 251 *bis*, II ; Duranton, II, n. 210 ; Laurent, II, n. 394 ; Huc, II, n. 117 ; Planiol, I, n. 820-2° ; Surville, I, n. 171 ; Vazeille, I, n. 172 ; Hutteau d'Origny, *De l'état civil*, tit. VII, ch. III, § 3, n. 12 ; Mersier, *op. cit.*, n. 277 et 280. — Cpr. Proudhon, I, p. 424.

(2) Laurent, II, n. 394 ; Planiol, I, n. 822 ; Fuzier-Herman, art. 176, n. 4. — Paris, 18 déc. 1868, sous Cass., S., 72. 1. 329, D., 72. 1. 345.

(3) Laurent, II, n. 394.

(4) Demante, I, n. 251 *bis*, I ; Laurent, *loc. cit.* ; Planiol, I, n. 822. — Liège, 17 juill. 1817, *Pasicr.*, 1817, 461.

« *En cas d'opposition*, dit l'art. 68, *l'officier de l'état civil ne pourra célébrer le mariage avant qu'on lui en ait remis la main-levée, sous peine de trois cents francs d'amende, et de tous dommages-intérêts* » (1). Et, pour qu'il ne puisse perdre de vue cette défense (2), aux termes de l'art. 67, « *l'officier de l'état civil fera, sans délai, une mention sommaire des oppositions sur le registre des publications* », sur lequel il doit aussi consigner, d'après la suite de cette disposition, les actes qui la lèvent : « *Il fera aussi mention, en marge de l'inscription desdites oppositions, des jugements ou des actes de main-levée dont expédition lui aura été remise.* »

La responsabilité civile et pénale de l'officier public est l'unique sanction de cette défense : par elle-même, et indépendamment des motifs sur lesquels elle se fonde, l'opposition ne constitue qu'un empêchement simplement prohibitif, dont la transgression n'entraîne pas, à elle seule, la nullité du mariage célébré malgré lui. Le sort du mariage doit être apprécié en en faisant abstraction, et reste ce qu'il aurait été si aucune opposition n'avait été faite; une fois célébré, en dépit de l'obstacle qu'on y avait mis, il demeure avec toute sa valeur, comme aussi avec tous ses vices (3).

1660. L'officier de l'état civil n'est pas juge du mérite de l'opposition : il doit respecter la défense qui lui est faite, lors même qu'à sa connaissance les motifs sur lesquels elle s'appuie ne reposeraient sur aucun fondement sérieux, et que, par exemple, le futur époux soi-disant dément jouirait incontestablement de la plénitude de ses facultés. Au tribunal saisi d'une demande de main-levée il appartient, seul, de juger le bien-fondé, en même temps que la recevabilité de l'opposition (4).

(1) Cf. tome II, n. 868.

(2) Planiol, I, n. 821 *in fine*.

(3) Aubry et Rau, V, § 456, p. 38, n. 3; Demolombe, III, n. 172; Marcadé, I, art. 178-II, n. 614; Beudant, I, n. 172; Mersier, *op. cit.*, n. 281. — Cpr. Trib. Seine, 20 déc. 1900, *J. Clunet*, 1901, p. 357. — Amiens, 23 oct. 1901, S., 1906. 2. 205, D., 1902. 2. 252. — Mais cf. Paris, 14 mai 1902, *J. Clunet*, 1902, p. 360, et 1906, p. 1145, et Req. rej., 5 juillet 1905, S., 1906. 1. 141, D., 1905. 1. 471, *J. Clunet*, 1906, p. 1145.

(4) Aubry et Rau, V, § 456, p. 37, n. 1; Planiol, I, n. 823.

1661. Suit-il de là que l'officier public doive respecter une opposition quelconque, si informe soit-elle, ou lors même qu'elle émane d'une personne qui notoirement n'a pas qualité pour la former, ou qu'enfin elle s'appuie sur des motifs extra-légaux ? En d'autres termes, ne peut-il absolument pas en apprécier la valeur, ni dans la forme, ni quant au fond ?

On est d'accord pour décider qu'il ne devrait pas s'arrêter devant une opposition faite verbalement ou par simple lettre missive, car alors, à vrai dire, ainsi qu'on le reconnaît, « il n'existe véritablement pas d'opposition dans le sens de la loi », et rien n'est plus aisé que de constater sa complète inexistence (1).

1662. Mais beaucoup d'auteurs ne vont pas plus loin ; ils refusent à l'officier le droit de ne pas tenir compte d'une opposition faite par acte sous seing privé, ou évidemment nulle à raison de l'absence d'une des mentions requises à peine de nullité par la loi, ou manifestement formée, soit par une personne sans qualité, soit en dehors des cas où la loi l'y autorise (2). Son rôle leur paraît être absolument passif, comme l'était, dans notre ancien droit (3), celui du curé, qui devait s'arrêter devant l'interdiction, « quelque mal fondée qu'elle paraisse ». Une mainlevée peut seule faire cesser la défense qui lui a été signifiée, ainsi qu'il leur semble résulter de l'art. 68, qui ne laisse soupçonner aucune distinction entre le cas où l'opposition est régulière et celui où elle ne l'est pas.

L'opinion contraire nous paraît, malgré la gravité de ces motifs, cependant préférable (4). Elle est, d'abord, seule con-

(1) Aubry et Rau, *eod. loc.;* Demolombe, III, n. 163; Laurent, II, n. 396; Fuzier-Herman, art. 68, n. 2. — *Contra :* Montpellier, 12 août 1839, S., 39. 2. 540, D., 40. 2. 43.

(2) Aubry et Rau, *eod. loc.;* Duranton, II, n. 203; Taulier, I, p. 296; Rieff, *op. cit.*, n. 167 et 179; Coin-Delisle, *op. cit.*, art. 68, n. 1; Hutteau d'Origny, tit. VII, chap. III, § 3, n. 2; Fuzier-Herman, art. 68, n. 1. — Cpr. Demolombe, III, n. 163; Demante, I, n. 252 *bis*.

(3) Pothier, *op. cit.*, n. 82. — Cf. Denizart, v° *Mariage*, n. 38.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Oppos. à mar.*, n. 4, quest. 1, sur l'art. 177; Valette sur Proudhon, I, p. 419, note *a*, et *Explic. somm.*, p. 103; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 302; Marcadé, I, art. 176-VI, n. 608; Richelot, I, p. 242, note 6; Laurent, II, n. 396; Huc, II, n. 121; Planiol, I, n. 824; Beudant, I, n. 273. — Cpr. Surville, I, n. 172; Mersier, *op. cit.*, n. 282.

forme à l'esprit véritable de la loi. Pour remplir son vœu, qui est d'empêcher le droit d'opposition de dégénérer en un moyen de vexation aux mains du premier venu, il faut que l'officier de l'état civil soit admis immédiatement à passer outre à une opposition manifestement illégale et que l'examen le plus superficiel suffit à faire apparaître comme telle; sinon tous les abus de l'ancien droit renaîtraient. Ce n'est donc pas la règle qui y était en vigueur, et qui se comprenait seule alors, ce droit n'étant guère réglementé, que les rédacteurs du code doivent être supposés avoir adoptée, mais bien celle qui, déjà sous l'empire de la loi de 1792 (tit. IV, sect. III, art. 9), faisait regarder comme non avenues « toutes oppositions formées hors les cas, les formes et par toutes personnes autres » que celles qui étaient désignées par elle. Et vainement objecte-t-on que le texte lui-même fait obstacle par sa généralité à cette solution : car on peut exactement dire, de l'opposition irrégulière en la forme ou émanant d'un individu sans qualité, ce qu'on s'accorde à penser de celle qui serait faite oralement ou par lettre, à savoir qu'il n'y a pas d'opposition dans le sens de la loi. Signifié par un officier public incompétent, ou au nom d'une personne à laquelle ce droit est dénié, ou non motivé, contrairement aux prescriptions légales, l'acte n'a de l'opposition que l'apparence : au fond, c'est un obstacle qui doit tomber de lui-même. Pourquoi alors obliger l'officier de l'état civil à s'arrêter devant lui, pour le plus grand préjudice des parties? Il y aurait de sérieux dangers, sans doute, à ériger celui-ci en juge de la valeur de l'opposition : mais notre opinion n'a pas ce résultat, puisqu'elle le dispense seulement de tenir compte des actes atteints d'une nullité certaine, évidente, incontestable. Et, comme c'est à ses risques et périls qu'il le fait, on peut être assuré que, loin de mésuser de cette faculté, il sera porté à respecter beaucoup plus d'oppositions que le vœu même de la loi, révélé par le soin minutieux et sévère avec lequel elle a réglé tout ce qui y touche, ne le voudrait réellement.

1663. En principe, et sous les réserves qui viennent d'être précisées, une main-levée seule est susceptible de rendre à

l'officier de l'état civil le droit de célébrer le mariage que lui avait retiré l'opposition.

Cette main-levée peut être d'abord volontaire, c'est-à-dire émaner de l'opposant lui-même (1). Les formes n'en ayant pas été réglées par la loi, on s'accorde à reconnaître qu'elle résulte valablement d'une déclaration verbale faite par celui-ci, au moment même de la célébration, et qu'en dehors de ce cas elle doit être constatée par un acte, puisque les art. 67 et 68 exigent qu'une expédition en soit remise à l'officier municipal. Cet acte peut, du reste, être dressé, dans le silence des textes, soit par un notaire, soit par un huissier, qui, compétent pour signifier l'opposition, semble devoir l'être aussi pour notifier l'acte qui la lève (2).

Cette main-levée elle-même ne permettrait pas, d'ailleurs, de procéder à la célébration du mariage, dans le cas où l'opposition aurait révélé l'existence d'un empêchement qu'il ne dépendrait pas de son auteur de faire disparaître (3).

Il est également certain que la main-levée volontaire d'une opposition n'empêcherait pas de réitérer cette opposition (4).

1664. Quand elle n'est pas volontairement consentie, la main-levée ne peut être accordée que par la justice. Elle constitue un droit absolu, pour celui qui la demande, quand l'opposition est irrégulière en la forme ou qu'elle a été faite par une personne sans qualité (5), et aussi toutes les fois qu'il n'existe aucun empêchement légal au mariage (6). Le juge n'a pas la faculté d'ordonner, comme il a cru parfois pouvoir

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 38, n. 2; Demolombe, III, n. 164.

(2) Demolombe, III, n. 164; Marcadé, I, art. 67, n. 609; Laurent, II, n. 397; Huc, II, n. 120; Hutteau d'Origny, tit. VII, ch. III, § 3, n. 16; Coin-Delisle, art. 68; Béquet, *op. cit.*, n. 688; Mersier, *op. cit.*, n. 284; Fuzier-Herman, art. 68, n. 4 s.; art. 176, n. 15. — Besançon, 31 déc. 1824, S. chr., VII. 2. 470. — Cpr. Delvincourt, I, p. 63, note 3; Planiol, I, n. 826.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*; Proudhon, I, p. 426; Beudant, I, n. 272.

(4) Amiens, 23 oct. 1901, S., 1906. 2. 205, D., 1902. 2. 252.

(5) Mais alors, en prononçant la mainlevée, le juge ne pourrait pas ordonner qu'il sera passé outre à la célébration du mariage, si du moins l'opposition avait été motivée par l'existence d'un empêchement. Trib. Boulogne-sur-Mer, 27 oct. 1899, S., 1903. 2. 150, D., 1902. 2. 336, et Paris, 14 mars 1900, S., 1900. 2. 112, D., 1903, 2. 177.

(6) Planiol, I, n. 827.

le faire, qu'en vue de donner aux passions le temps de se calmer, il sera sursis pendant un certain temps à la célébration, ou que l'un des futurs époux, supposé soumis à une mauvaise influence, devra, pour s'y soustraire, aller demeurer soit chez un parent, soit dans une maison tierce, où il pourra recevoir les conseils de sa famille. De pareilles décisions n'ont pu, sous prétexte de rendre aux parties la liberté morale dont on les prétendait privées, que leur retirer trop réellement la liberté légale de se marier à leur guise (1).

1665. Le droit de demander la main-levée judiciaire n'appartient qu'au futur époux du chef duquel l'opposition a été formée, non à l'autre (2). Seul, en effet, le premier doit rester juge du parti qu'il doit prendre, en présence de l'obstacle qui se dresse devant lui, et il serait singulier que l'autre eût la faculté de s'attaquer à un acte qui, en droit, sinon en fait, ne le vise aucunement.

1666. La main-levée peut, du reste, être demandée dès que l'opposition a été faite, et lors même que les délais inhérents à la formalité de la notification du projet de mariage aux père et mère ne seraient pas encore écoulés : car on ne voit point pourquoi on ne permettrait pas au futur époux de s'affranchir à l'avance des entraves apportées injustement à sa liberté (3).

1667. La demande peut être portée, conformément à l'art. 59-al. 9 C. pr. et à l'art. 111 C. civ., au choix de celui qui la forme, devant le tribunal du domicile réel de l'opposant ou du domicile par lui élu. Et, si cette élection n'a pas été faite, cette omission, qui entraîne d'ailleurs la nullité de l'opposition, ne doit pas empêcher de former la demande qui a pour objet de la faire prononcer, au lieu où elle aurait dû l'être (4).

(1) Cf. *supra*, n. 1525 et 1637.

(2) Aubry et Rau, V, § 457, p. 39, n. 1 ; Demolombe, III, n. 165 ; Duranton, II, n. 209 ; Laurent, II, n. 398 ; Vazeille, I, n. 171 ; Fuzier-Herman, art. 68, n. 7, et art. 177, n. 3 et 13. — *Contra :* Trib. Seine, 15 avril 1897, D., 98. 2. 419. — Cf. Rennes, 16 mars 1842, S., 42. 2. 211, D., 42. 2. 153. — Cpr. Planiol, I, n. 827.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 39, n. 2 ; Demolombe, III, n. 166 ; Fuzier-Herman, art. 177, n. 2. — Grenoble, 27 mai 1845, S., 46. 2. 399. — Paris, 18 janv. 1873, S., 73. 2. 144, D., 73. 2. 40. — Amiens, 2 juin 1879, S., 79. 2. 319. — *Contra :* Huc, II, n. 50. — Amiens, 18 janv. 1840, S., 41. 2. 549, D., 41. 2. 241.

(4) *Observ. du Trib.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 454 et 455, n. 13 ; Merlin, *Rép.*,

1668. Cette demande est dispensée du préliminaire de conciliation, comme requérant célérité (art. 49-al. 2 C. pr., cbn. art. 177 et 178 C. civ.) (1).

Pour le même motif, elle est affranchie des lenteurs du tour de rôle, aux termes des dispositions suivantes : « *Le tribunal de première instance prononcera dans les dix jours sur la demande en main-levée* » (art. 177). — « *S'il y a appel, il y sera statué dans les dix jours de la citation* » (art. 178). Mais la loi n'exige pas, ce qui aurait été du reste incompatible avec les difficultés de la pratique, que la décision définitive intervienne dans un délai si court : il suffit qu'on s'y soit acheminé par une décision préparatoire (2). Au surplus, l'expiration de ce délai sans jugement n'entraînerait pas la péremption de l'instance, et le défendeur ne saurait en aucun cas s'en prévaloir, sans quoi on retournerait contre le demandeur une disposition écrite dans son intérêt exclusif (3).

1669. La décision qui statue sur la demande est susceptible de tous les modes de recours qu'offre le droit commun (4).

Mais, à cette règle, qui sous l'empire du code civil ne com-

v° *Oppos. à mar.*, n. 4, quest. 1 sur l'art. 177; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 39, n. 3-5; Demolombe, III, n. 165; Duranton, II, n. 212; Proudhon, I, p. 427; Huc, II, n. 120; Planiol, I, n. 828; Vazeille, I, n. 174; Allemand, I, p. 321 s.; Rieff, *op. cit.*, n. 173; Fuzier-Herman, art. 177, n. 5 s. — Bordeaux, 7 janv. 1840, S., 40. 2. 249, D., 40. 2. 117. — Paris, 27 mars 1841, S., 41. 2. 432, D., 41. 2. 164. — Orléans, 28 août 1845, *Journ. Pal.*, 1845, II, 355, D., 46. 4. 364. — Req. rej., 5 juill. 1859, S., 59. 1. 451, D., 59. 1. 316. — Rouen, 13 nov. 1878, S., 79. 2. 71. — *Contra* : Paris, 23 mars 1829, S., 29. 2. 231, D., 29. 2. 212. — Cf. *supra*, n. 1654.

(1) Merlin, *loc. cit.*, quest. 3; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 40, n. 6; Demolombe, III, n. 166; Duranton, II, n. 211; Toullier, I, n. 589; Proudhon, I, p. 427; Planiol, I, n. 828; Vazeille, I, n. 173; Fuzier-Herman, art. 68, n. 8; art. 177, n. 11. — Douai, 22 avril 1819, S., 20. 2. 116. — Cpr. Amiens, 30 ventôse an XII, S. chr., I. 2. 183, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 309.

(2) Cpr. pourtant Planiol, I, n. 828.

(3) Merlin, *loc. cit.*, quest. 2 sur l'art. 178; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 40, n. 7; Demolombe, III, n. 167; Demante, I, n. 253 *bis*, I; Duranton, II, n. 211 s.; Toullier, I, n. 589; Laurent, II, n. 403; Vazeille, I, n. 175; Béquet, *op. cit.*, n. 692; Fuzier-Herman, art. 177, n. 20 s.; art. 178, n. 9 s. — Req. rej., 4 nov. 1807, S. chr., II. 1. 446, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 312.

(4) Demolombe, III, n. 168; Fuzier-Herman, art. 177, n. 1. — Cpr. Nîmes, 30 déc. 1806, S., 7. 2. 1050, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 316. — Amiens, 10 mai 1821, S. chr., VI, 2. 414, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 316.

portait aucune exception, la loi du 20 juin 1896 (art. 7) en a apporté une des plus importantes, qui résulte du 2e alinéa qu'elle a ajouté à l'art. 179 : « *Les jugements et arrêts par défaut rejetant les oppositions à mariage ne sont pas susceptibles d'opposition.* » Il arrivait parfois, en effet, que les opposants cherchaient uniquement à gagner du temps, en employant ce procédé dilatoire très simple, qui consistait à faire défaut dans l'instance en main-levée, en première instance comme en appel. La loi de 1896, qui se propose de faciliter le mariage, devait voir défavorablement ces pratiques, qui entravaient sa célébration par des moyens qui, pour être légaux, n'en étaient pas plus loyaux ; et elle les a rendues impossibles en retirant aux opposants, à eux seuls et non point aux futurs époux (1), le droit de faire opposition aux décisions par défaut prononcées contre eux (2).

Au reste, en leur enlevant le droit d'opposition aux jugements par défaut qui rejettent une opposition à mariage, la loi de 1896 n'a bien évidemment pas entendu enlever aux opposants le droit d'appel (3).

1670. Par application des règles ordinaires, l'appel interjeté est suspensif de l'exécution du jugement qui donne main-levée de l'opposition, et par suite fait obstacle à la célébration du mariage (4), tandis qu'il en est différemment du délai de l'appel (5), ou même du pourvoi en cassation, aux termes de l'art. 16 de la loi du 27 novembre 1790 (6). Logiquement,

(1) Note sous Amiens, 23 oct. 1901, S., 1906. 2. 205.

(2) Planiol, I, n. 828.

(3) Amiens, 23 oct. 1901, S., 1906. 2. 205, D., 1902. 2. 252.

(4) Planiol, I, n. 829-1°.

(5) Fuzier-Herman, art. 178, n. 2 s. ; Béquet, *op. cit.*, n. 692 ; Mersier, *op. cit.*, n. 286. — Rennes, 12 déc. 1814, S. chr., IV. 2. 424. — Besançon, 30 juill. 1822, S., chr., VII. 2. 106, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 315. Il a été pourtant jugé qu'en rejetant une opposition à mariage, le tribunal ne peut pas ordonner l'exécution provisoire de son jugement. — Trib. Seine, 15 avril 1897, en note sous Amiens, 23 oct. 1901, S., 1906. 2. 205. — Cpr. Amiens, précité, S., 1906. 2. 205, D., 1902. 2. 252.

(6) Merlin, *loc. cit.*, quest. 3 sur l'art. 178 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 40, n. 9 ; Demolombe, III, n. 169 ; Demante, I, n. 253 *bis*, II ; Marcadé, I, art. 178-I, n. 613 ; Laurent, II, n. 404 ; Planiol, I, n. 829-2° ; Surville, I, n. 172 ; Allemand, I, n. 306 ; Vazeille, I, n. 177 ; Rieff, *op. cit.*, n. 175 ; Béquet, *op. cit.*, n. 694 ; Mersier, *op. cit.*, n. 288 ; Fuzier-Herman, art. 178, n. 13 s. — Paris, 19 sept. 1815, S., 16. 2.

il aurait dû être apporté à ce principe, en matière de mariage, la même exception qui avait été consacrée par l'art. 263, ancien texte, et qui a été renouvelée par l'art. 248, texte de 1886, en matière de divorce, de façon qu'on ne pût rien entreprendre avant que des situations si graves par leurs conséquences fussent réglées définitivement : mais, dans le silence de la loi, le principe est nécessairement applicable.

1671. Mais qu'advient-il si, le mariage ayant été célébré en exécution de l'arrêt qui donne main-levée de l'opposition, cet arrêt vient ensuite lui-même à être cassé ? Quoique la doctrine soit très divisée à cet égard, nous pensons fermement, quant à nous, que la célébration est annulée par le seul fait de cette cassation, et quelle que puisse être la décision de la cour d'appel chargée de statuer sur le renvoi (1). La raison en est, à nos yeux, que la cassation met à néant l'arrêt qu'elle atteint, le fait réputer non avenu, et avec lui tout ce qui a pu être fait en exécution de celui-ci. La célébration doit donc être emportée avec la main-levée elle-même, qu'on suppose n'avoir jamais été accordée.

M. Laurent s'est distingué, parmi les partisans de l'opinion contraire, par la vigueur avec laquelle il s'en est pris à ce premier et principal argument. Il y a abus, selon lui, à dire que le mariage a été célébré « en exécution » de l'arrêt, car par ces mots il faut entendre seulement « l'exécution forcée qu'un créancier poursuit contre son débiteur », et sur laquelle rien n'est plus facile que de revenir s'il survient une cassation, puisqu'il s'agit d'intérêts pécuniaires. Mais, lorsqu'il s'agit d'une main-levée d'opposition, il n'y a pas d'exécution forcée, « puisqu'un seul des futurs époux est en cause, que l'arrêt se borne à décider qu'il n'y a pas d'obstacle légal à

343, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 318. — Lyon, 13 fév. 1828, S., 29. 2. 86, D., 28. 2. 234. — Rouen, 7 déc. 1859, S., 60. 2. 589, D., 61. 5. 308. — *Contra* : Delvincourt, I, p. 63, note 1. — Cpr. Duranton, II, n. 215; Marcadé, *Rev. crit.*, 1852, II, p. 450. — Rennes, 14 août 1851, S., 52. 2. 626, D., 54. 2. 12.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 40, n. 10; Marcadé, I, art. 178-II, n. 2. — *Contra* : Demolombe, III, n. 170; Laurent, II, n. 405; Huc, II, n. 122; Beudant, I, p. 382, note 1; Mersier, *op. cit.*, n. 288; Fuzier-Herman, art. 178, n. 18. — Cpr. Planiol, I, n. 829-2°; Surville, I, n. 172. — Amiens, 23 oct. 1901, S., 1906. 2. 205, D., 1902. 2. 252.

son mariage », et qu'il est impossible de prétendre, à proprement parler, que « le mariage, s'il se célèbre, sera l'exécution forcée de l'arrêt ». Si « on conçoit, dit cet auteur, que la cassation annule ce qui a dû se faire par suite de l'exécution forcée de l'arrêt, on ne conçoit pas qu'elle annule ce qui aurait pu, à la rigueur, se faire sans l'arrêt ».

Malgré sa force apparente, cette argumentation ne repose pourtant, à nos yeux, que sur de simples suppositions. C'est très gratuitement, d'abord, qu'elle n'applique le principe général de la loi de 1790, aux termes duquel « en matière civile, la demande en cassation n'arrêtera pas l'exécution du jugement », qu'aux condamnations pécuniaires : cette restriction est tellement fausse qu'il a fallu, par un texte formel, faire exception à ce principe en matière de divorce. D'autre part, c'est si bien, en dépit de la négation de M. Laurent, « en exécution » de l'arrêt de main-levée qu'il est procédé à la célébration du mariage, que, sans lui, il n'aurait pas été passé outre à la défense contenue dans l'opposition; lui et lui seul rouvre les voies qu'elle avait fermées, et c'est en vertu de son autorité que l'union redevient possible. Partant il est inexact d'avancer que la cassation ne peut pas raisonnablement annuler « ce qui aurait pu, à la rigueur, se faire sans l'arrêt », car ce n'est que par une véritable fraude, de l'éventualité de laquelle il n'y a par suite rien à induire, qu'on aurait pu faire célébrer l'union avant la main-levée de l'opposition.

Il est vrai que notre solution conduit à ce résultat singulier qu'on traite le mariage célébré en vertu d'un arrêt de main-levée, qui plus tard a été cassé, plus sévèrement qu'on ne traiterait l'union contractée au mépris d'une opposition subsistante, puisque, malgré celle-ci, elle conserverait sa valeur telle quelle. De là les tentatives d'assimilation de ces deux situations. Mais, outre qu'il vient d'être démontré que cette assimilation serait contraire à la loi, elle ne serait pas non plus rationnelle. D'abord, elle rendrait complètement illusoire le droit qu'on est obligé de reconnaître à l'opposant de se pourvoir en cassation, car à quoi lui servirait-il d'obtenir gain de cause? Puis, ce qu'on oublie trop, s'il y a,

dans la responsabilité de l'officier de l'état civil et dans la conscience qu'il a de ses devoirs, une forte garantie que le mariage ne sera pas célébré avant que l'opposition ne soit levée, de telle sorte que sa célébration frauduleuse est un fait tout accidentel, on ne pourrait plus compter que sur le bon vouloir des futurs époux, s'ils étaient libres de se marier valablement, en vertu de la main-levée sujette à cassation, puisqu'ils ne feraient qu'user d'une faculté légale : or rares apparemment seraient ceux qui attendraient un arrêt susceptible de la leur retirer. Enfin la situation des époux qui se sont pressés de se faire unir, par crainte des résultats du pourvoi, est en somme peu intéressante, puisqu'ils ont dû en prévoir l'issue possible. Il ne leur reste, si elle est défavorable, mais que l'opposition soit définitivement rejetée, qu'à faire célébrer de nouveau leur union, sauf à invoquer pour le passé, le cas échéant, le bénéfice du mariage putatif.

1672. Aux termes de l'art. 179-1er al. : « *Si l'opposition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les ascendants, pourront être condamnés à des dommages-intérêts.* » L'exception faite en faveur des ascendants a pour cause la présomption qu'ils agissent bien plus dans l'intérêt de leurs enfants que dans le leur, de telle sorte qu'ils ne doivent pas être arrêtés dans leur action par la crainte de réparations pécuniaires (1). Ce fondement, comme aussi les termes généraux de notre disposition, ne nous paraissent pas permettre de condamner à des dommages-intérêts, en vertu de l'art. **1382**, l'ascendant lui-même qui réitérerait à tort, au préjudice des parties, une opposition qui avait été déjà écartée (2). Ils n'autorisent pas davantage à étendre ce bénéfice au tuteur et au conseil de famille, au nom de qui l'opposition a été formée (3).

Ces dommages-intérêts ne peuvent être accordés du reste, en principe, qu'au futur époux du chef duquel l'opposition a été formée, et non à l'autre conjoint (4).

(1) Portalis, *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 501, n. 36. — Cpr. Planiol, I, n. 831.

(2) *Contra :* Demante, I, n. 254 *bis*, II; Mersier, *op. cit.*, n. 291.

(3) *Contra :* Magnin, *Des minorités*, I, n. 161; Fuzier-Herman, art. 179, n. 5.

(4) Huc, II, n. 123; Fuzier-Herman, art. 179, n. 7 s. — Bourges, 7 août 1872, S., 72. 2. 257, note de M. Lyon-Caen, D., 73. 2. 105, et note.

1673. Quant aux dépens, le droit commun des art. 130 et 131, auquel rien n'est venu déroger ici, est nécessairement et de tout point applicable. L'opposant doit donc être condamné aux frais, quelle que soit sa qualité, s'il succombe. Et cette règle, quoi qu'on ait dit, ne comporte aucune exception en faveur des ascendants. Le juge a seulement la faculté de compenser les dépens, dans les limites ordinaires où la loi la lui accorde (1).

1674. Il va de soi que le rejet d'une opposition formée par une personne laisse intact le droit qui appartient à une autre (2). Peut-être la loi aurait-elle dû, pour éviter aux futurs époux de voir se dresser devant eux ces obstacles successifs, impartir un délai aux opposants, dans lequel ils auraient tous été tenus de faire valoir leurs moyens. Mais, dans son silence, la solution précédente s'impose.

1675. Une même personne est admise, après le rejet de la première opposition qu'elle avait faite, comme nulle en la forme, à la réitérer en une forme régulière (3). Le droit commun et le principe de l'autorité de la chose jugée permettent en effet de reproduire, en la rectifiant, une demande d'abord irrégulière, la nullité dont elle était entachée n'ayant pas pour résultat d'en détruire par elle-même le fondement. Vainement objecte-t-on que le vœu de la loi est que les oppositions soient jugées dans un bref délai; car, de ce qu'une instance doive être rapidement conduite, il ne faut pas induire qu'elle ne puisse être renouvelée pour quelque cause que ce soit. Sans doute il peut y avoir là, pour des opposants déterminés, un moyen de retarder, par des obstacles échelonnés, l'époque de la célébration du mariage : mais la loi n'a rien

(1) Demolombe, III, n. 175; Demante, I, n. 254 *bis*, I; Laurent, II, n. 407; Planiol, I, n. 832; Fuzier-Herman, art. 179, n. 6. — Paris, 19 sept. 1815, S., 16. 2. 343. — *Contra :* Marcadé, I, art. 179, n. 616. — Amiens, 15 fév. 1806, S. chr., II. 2. 116, D., *Rép*, v° *Mariage*, n. 330. — Caen, 10 déc. 1819, S. chr., VI. 2. 165. — D., *loc. cit.*

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 41.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 41, n. 12; Demolombe, III, n. 176; Duranton, II, n. 206; Delvincourt, I, p. 62, note 8; Laurent, II, n. 406; Planiol, I, n. 830; Vazeille, I, n. 177; Rieff, n. 174; Mersier, *op. cit.*, n. 289; Fuzier-Herman, art. 176, n. 11. — *Contra* : Merlin, v° *Opposition à mariage*, n. 4, quest. 2 sur l'art. 176. — Bruxelles, 26 déc. 1812, S., 13. 2. 379, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 326.

fait pour prévenir cet abus, dont la seule éventualité ne peut pas faire confisquer le droit même.

1676. Au contraire, l'opposition rejetée pour défaut de qualité ne saurait être réitérée par la même personne : l'autorité de la chose jugée le lui défend. On admet même, en ce cas, qu'il serait loisible au tribunal, saisi de nouveau, d'ordonner l'exécution provisoire de sa décision, nonobstant appel ou nouvelle opposition, pour éviter aux parties des retards préjudiciables (arg. art. 135 C. pr.) : cette opposition serait susceptible alors, en effet, d'être considérée comme se proposant de faire obstacle directement à l'exécution du jugement, plutôt qu'au mariage (1).

1677. Pareillement, le même moyen ne saurait servir de fondement à une seconde opposition, après le rejet d'une première, émanée de la même personne : le principe de l'art. 1351 y fait obstacle autant que la raison, qui ne veut pas que la même question puisse être indéfiniment remise en discussion, au grand dommage de ceux qui attendent la fin du débat.

1678. Mais l'opposition nouvelle ne pourrait-elle être valablement fondée sur un motif différent, sur un empêchement autre que celui par lequel on prétendait justifier la première?

La doctrine est sur ce point très hésitante. La difficulté, qui ne laisse pas que d'être délicate, consiste à savoir si les divers motifs légaux qui peuvent servir à appuyer une opposition, constituent autant de « causes » diverses, dans le sens propre donné par l'art. 1351 à cette expression, ou si elles ne représentent, au contraire, que des moyens différents de la faire maintenir : au premier cas seulement, la demande peut être reproduite, car, dans le second, elle se heurte au principe de l'autorité de la chose jugée.

Avec MM. Aubry et Rau (2), nous pensons que c'est dans le

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 41, n. 13 et 14; Demolombe, *loc. cit.* — Cpr. Planiol, I, n 830. — *Contra :* Trib. Seine, 15 avril 1897, D., 98. 2. 419.

(2) *Loc. cit.*, p. 41 et 42, n. 15. — Cpr. Planiol, I, n. 830. — Cpr. aussi Amiens, 26 oct. 1901 (motifs), S., 1906. 2. 205, D., 1902. 2. 252. — *Contra :* Demolombe, III, n. 176; Laurent, II, n. 406. — Caen, 10 mai 1843, *Rec. Caen*, VII, p. 275. — Cf. Fuzier-Herman, art. 176, n. 12.

dernier sens que la difficulté doit être résolue. La « cause » véritable d'une opposition, dans l'acception technique du mot, est le droit dont est investi l'opposant, de même que la cause de la revendication est le droit de propriété. Pour faire maintenir les actes d'exercice de ce droit, on peut sans doute l'étayer de différentes allégations, et prétendre démontrer l'existence de causes diverses qui font obstacle à la célébration du mariage, de même que, pour faire triompher une revendication, on peut invoquer différents modes de preuve. Mais toutes ces causes d'opposition ne sont, après tout, que des moyens de justifier qu'elle a été formée à juste titre, et tendent seulement à établir que l'intervention de l'opposant n'a pas dépassé les limites de son droit. En d'autres termes, elles ont pour support, pour cause, ce droit lui-même, et par suite, quels que soient les motifs qu'on ait mis en avant pour en user une première fois, on ne saurait l'exercer une seconde, sans rencontrer l'autorité de la décision antérieure. Ces raisons exclusivement juridiques suffisent à défendre cette solution, qui se recommande du reste par les abus qu'autoriserait la doctrine contraire, puisque la liberté des futurs époux pourrait être, avec quelque habileté, longtemps paralysée par des oppositions successives.

Ses partisans croient sans doute prévenir ces abus, en reconnaissant au juge la faculté, en présence d'un pareil calcul, d'ordonner l'exécution provisoire de sa décision. Mais est-il certain qu'il pût par là retirer à l'opposant le droit de faire valoir devant lui une « cause » d'opposition qu'il ne lui a pas encore soumise ? Le doute à cet égard est au moins permis, car on ne peut guère plus dire, comme le fait pourtant M. Demolombe, que cette nouvelle opposition est un obstacle qu'on élève bien plus devant le jugement que devant le mariage, puisque le jugement n'a même pas pu s'occuper de cette cause, et qu'en réalité c'est, d'après cet auteur, un nouveau droit sur lequel il faut statuer. Quant à l'utilité qu'aurait, aux yeux de cet auteur, la faculté de renouveler l'opposition, pour le cas où une nouvelle cause d'empêchement aurait surgi depuis la dernière décision, elle est sauvegardée, dans toute la mesure possible, par le droit et même

le devoir qu'a le tribunal, toutes les fois qu'il est obligé de donner une mainlevée, de faire connaître à l'officier de l'état civil, par l'organe du ministère public, les empêchements légaux, s'il en existe, qui continuent à faire obstacle à la célébration du mariage (1).

SECTION II

DE L'INEXISTENCE ET DE LA NULLITÉ DU MARIAGE

1679. L'opposition n'est qu'un moyen préventif d'empêcher la violation des dispositions légales relatives au mariage, et qui n'est pas toujours efficace. Pour en assurer l'absolu respect, d'autres sanctions sont nécessaires. La plus naturelle et aussi la plus rigoureuse est de refuser à l'union qui ne remplit pas les conditions requises le titre même et les effets du mariage, en la déclarant, comme telle, ou inexistante, ou nulle. Mais on peut encore, soit en même temps que cette première sanction, soit à défaut, si elle paraît en l'espèce trop sévère, prononcer des peines, pécuniaires ou corporelles, ou des déchéances, contre les parties, ou contre l'officier de l'état civil dont le concours leur a permis de transgresser la loi. A l'inverse, celle-ci peut et doit se montrer indulgente, lorsque la désobéissance à ses prescriptions, d'un intérêt secondaire, cause moins de trouble dans la société que n'en occasionnerait l'annulation du mariage, et reconnaître alors sa pleine validité, de même qu'elle peut tout au moins, en considération de la bonne foi des époux, faire produire à leur union, malgré son annulation, des effets plus ou moins étendus : de là la théorie du mariage putatif.

Sans tenir compte de la distinction des conditions de fond et de forme, nous nous attacherons uniquement, dans notre exposé, à la nature même de la sanction qui en garantit l'observation. Et nous traiterons, en même temps que des nullités, des pénalités proprement dites et des déchéances qui, tantôt, les accompagnent et, tantôt, les suppléent. Cette section

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 42, n. 16; Demolombe, III, n. 173; Proudhon, I, p. 426; Duranton, II, n. 206; Fuzier-Herman, art. 176, n. 14 et 17.

doit donc être subdivisée en deux paragraphes, consacrés, l'un aux mariages inexistants et l'autre aux mariages nuls.

§ I. *De l'inexistence du mariage.*

1680. De même que tout autre acte juridique, le mariage peut être, non seulement nul, c'est-à-dire annulable, mais encore inexistant. Tandis que le premier a une existence, imparfaite et précaire à vrai dire, car il est infecté de vices constitutionnels susceptibles d'en entraîner l'anéantissement, le second n'en a et n'en aura jamais aucune : ce n'est qu'une simple apparence, le néant, car il lui manque jusqu'aux éléments sans lesquels il ne peut pas se concevoir. Et l'expression d'inexistence a précisément le mérite de dire clairement ce qu'il est, ou plutôt ce qu'il n'est pas, en lui déniant jusqu'à cette vie temporaire qui anime l'acte soumis à une action en nullité. Elle devrait, pour ce seul motif, être préférée à tous les termes synonymes, employés par certains auteurs, qui opposent la nullité à l'annulabilité, la nullité radicale ou substantielle à la nullité pure et simple, la nullité de droit à la nullité par voie d'action, si elle n'avait encore ce précieux avantage de ne pas prêter, comme eux, à l'équivoque et à l'obscurité (1).

1681. La distinction des actes inexistants et des actes nuls ou annulables fut formulée pour la première fois par Zachariæ (2). Mais, si elle n'avait même pas été soupçonnée par les premiers commentateurs du code civil (3), pas plus que par les jurisconsultes de notre ancien droit (4), elle dut à sa vérité et à ses conséquences doctrinales de s'imposer rapidement, depuis lors, à la généralité des interprètes (5). Chose remar-

(1) Cf. Aubry et Rau, I, § 37, p. 118, note 2; Demolombe, III, n. 240; Demante, I, n. 255; Beudant, I, n. 276

(2) Ed. Massé et Vergé, I, § 108, p. 165 et 166, n. 3.

(3) Delvincourt, I, p. 74, note 2; Toullier, I, n. 601; Duranton, II, n. 263.

(4) Planiol, I, n. 1004. — Cf. Pothier, *op. cit.*, n. 308 et 309.

(5) Aubry et Rau, I, § 37, p. 118 et 119, note 2-4; Massé et Vergé, I, p. 165 et 166; Marcadé, *Obs. prélim. sur le ch. IV du titre du mar.*, n. 617 s.; Laurent, II, n. 274 s.; Huc, II, n. 12; Surville, I, n. 176; Fuzier-Herman, art. 180, n. 1 s.; Glasson, n. 140 s. — Cpr. Demolombe, III, n. 239 et 240; Demante, I, n. 262 *bis*, VI; Planiol, I, n. 1004; Beudant, I, n. 276.

quable, elle a pénétré beaucoup plus difficilement dans la jurisprudence, et encore aujourd'hui, si elle semble consacrée par celle-ci pour les donations, elle est repoussée par elle dans son application au mariage, de toutes les matières juridiques celle pourtant où la nécessité de son introduction se fait plus particulièrement sentir, à raison des principes étroits qui la gouvernent.

Quel en est donc le fondement? Elle a le même tout d'abord, au point de vue rationnel, que la distinction des conditions essentielles à l'existence d'un acte juridique et des conditions seulement nécessaires à sa validité, ou plutôt elle est la conséquence logique et la sanction de cette première distinction, dont elle procède. On comprend, en effet, qu'un acte juridique puisse plus ou moins manquer des conditions requises pour qu'il ait toute sa valeur et soit assuré de tous ses effets. Il peut ne pas même réunir ses conditions d'être, les éléments sans lesquels l'esprit n'en conçoit pas l'existence, parce qu'eux seuls sont susceptibles de contribuer à sa formation et qu'à leur défaut il s'évanouit. C'est le cas d'une convention intervenue sans le consentement d'au moins deux parties, car la volonté d'une seule personne ne donne naissance qu'à un acte unilatéral; et c'est aussi celui du prétendu mariage qui aurait été contracté par deux individus de même sexe, étant donnée la définition de l'union légitime, laquelle suppose justement qu'ils sont de sexes différents. Les conceptions particulières du législateur ont pu, d'ailleurs, venir ajouter aux exigences de la pure logique, en requérant pour l'existence d'un acte, indépendamment des éléments de fait qu'il implique nécessairement, l'accomplissement de formalités spéciales, sans lesquelles il lui a paru que cet acte ne devait pas pouvoir se former. Ainsi la donation doit être, en principe, constatée par acte authentique, quoique, matériellement, l'existence s'en puisse parfaitement concevoir sans cette solennité. Ainsi encore le mariage, qui dans certains pays peut intervenir *solo consensu,* doit être, dans un intérêt social de premier ordre, obligatoirement célébré, en France, devant un représentant de la loi, qui ne peut être qu'un officier de l'état civil. Dans les idées de notre législateur, cette solennité — artificielle ou

non, peu importe, car ces idées s'imposent à l'interprète et ne se discutent pas — s'incorpore parmi les conditions essentielles du mariage.

Il est possible, au contraire, que, sans que ces conditions lui fassent défaut, un acte ne soit cependant pas valable. Quoique organiquement constitué comme il devait l'être, certaines de ses parties peuvent être atteintes de vices, qui sont pour lui des germes de mort : tel qu'il est, il se soutient encore et peut durer indéfiniment; mais il n'en porte pas moins en lui les causes de sa ruine possible, parce qu'il ne satisfait pas de tout point aux prescriptions légales. Ces prescriptions, on doit l'observer, peuvent, au regard de la raison, n'être pas plus artificielles que celles sans l'observation desquelles l'acte n'existe plus. Mais il suffit que, dans la pensée de leurs auteurs, elles n'aient pas le même caractère de nécessité et la même importance, pour que la sanction en devienne aussitôt moins sévère : elles ne nuisent plus qu'à la validité de l'acte. Et il se pourrait que, de par la volonté du législateur, elles ne la compromettent même pas. Ainsi la convention intervenue entre deux personnes, dont l'une a été contrainte, existe, mais est nulle, de même qu'un mariage n'est que nul, et non pas inexistant, lorsque l'un des époux n'y a pas donné son consentement libre, de même qu'il est nul encore lorsque sa famille n'y a pas donné, comme elle le devait, l'autorisation indispensable. La liberté et la sincérité du consentement des parties, la nécessité du consentement de la famille, ne sont que des conditions de validité du contrat, et il n'en subsiste pas moins en leur absence. En définitive, la distinction de l'inexistence et de la nullité correspond à l'intensité différente de la nécessité, logique ou purement légale, qui fait requérir l'accomplissement d'une condition pour la formation d'un acte. Elle peut être plus ou moins arbitrairement comprise et appliquée : elle n'en est pas moins conforme à la réalité objective.

1682. Cette distinction a-t-elle été consacrée par le Code? Les textes et les travaux préparatoires (1) permettent de le

(1) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 324, n. 15; p. 326 et 327, n. 17; p. 371, n. 5; p. 437 à 439, n. 8 à 11; Fenet, *Trav. prépar.*, IX, p. 99.

croire. C'est d'abord, à notre titre même, l'art. 146 qui dispose : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. » Peut-on dire en termes plus énergiques que l'absence de consentement rend le mariage inexistant? Il n'est pas jusqu'à la place de ce texte qui ne montre et n'ait pour objet de montrer qu'il ne s'agit pas d'une simple nullité : comme on proposait de le renvoyer au chapitre IV, qui traite des demandes en nullité, le premier consul fit observer que « ce serait mêler ensemble les cas où il n'y a pas de mariage et les cas où il peut être cassé ». Cette disposition n'en confondait pas moins, dans sa rédaction définitive, les mariages inexistants et les mariages nuls : « il n'y a pas de mariage, y était-il dit, lorsqu'il n'y a point de consentement. — Il n'y a point de consentement lorsqu'il y a violence, ou erreur sur la personne. » Ce fut encore le premier consul qui rappela au respect des principes : « On a distingué deux cas dans la discussion, dit-il : 1° *Il n'y a pas de mariage,* à défaut de consentement devant l'officier de l'état civil, et si on a écrit que la femme a dit oui, quand elle a dit non; 2° si la femme, ayant dit oui, prétend ensuite avoir été forcée, *il y a mariage,* mais il peut être annulé. » Sans doute, cette distinction n'eut pas, même dans l'esprit de celui qui s'y montra si fort attaché, toute la netteté désirable. Elle paraît n'avoir pas été comprise par tous les rédacteurs du code civil; Tronchet et Réal notamment, en exigeant même, dans le cas de l'art. 146, l'intervention des tribunaux, semblent totalement la négliger et n'en pas saisir la portée (1). Mais enfin un fait domine toutes ces défaillances individuelles dans l'application de la doctrine : c'est notre disposition elle-même, qui apparaît comme son reflet, quand surtout on en éclaire le sens par l'histoire de sa rédaction (2).

Lorsqu'ensuite l'art. 1131 énonce qu'un contrat sans cause « ne peut avoir aucun effet », ne formule-t-il pas que l'absence de cause empêche la formation du contrat, car, s'il existait, il produirait au moins des effets provisoires? Telle

(1) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV. p. 437, n. 8 et 9.
(2) Aubry et Rau, V, § 450, p. 6, n. 5; Demolombe, III, n. 240.

était bien la pensée, nettement exprimée, de Favard (1), rapporteur du Tribunat : « Le projet, disait-il, ne distingue que deux sortes d'engagements, savoir, les engagements auxquels la loi refuse toute existence qui puisse produire un effet, et ceux qui sont seulement susceptibles d'être rescindés. On doit ranger, parmi les premiers, ceux qui ont été contractés sans cause, ou pour une fausse cause, ou pour une cause illicite... On doit compter, parmi les seconds, les engagements des mineurs, des interdits, des femmes mariées, et ceux surpris par dol, erreur ou violence. » Dans le premier cas, « il n'y a pas d'obligation, ou il faudrait admettre des effets sans cause ».

Enfin, pourquoi, aux termes de l'art. 1339, le vice résultant de l'absence des formes prescrites par la loi pour une donation ne peut-il être réparé, et doit-elle être refaite en la forme légale, sinon parce que, faute de forme, elle n'a pas d'existence légale et que le néant ne peut être confirmé? A défaut de cette forme, il n'y a plus rien, car elle est essentielle à l'existence de tout contrat solennel : *forma dat esse rei*. Le rapport de Jaubert sur le titre des obligations (2) manifeste, ici encore, que telle est bien la doctrine du code civil : « Une idée vraie et simple, y écrit-il, c'est qu'on ne peut confirmer que ce qui a réellement existé quoique manquant de force par quelque vice. De là il résulte qu'on ne peut, en aucune manière, confirmer ni ratifier de prétendues conventions dont la loi n'a jamais reconnu l'existence. » Et, par exemple, « la loi a déclaré qu'il ne pouvait y avoir de convention sans objet ou sans cause licite. Dans ce cas, il ne peut donc y avoir lieu à ratification ».

1683. A la fois conforme aux données de la pure doctrine et à l'économie de notre code, la distinction des actes nuls et des actes inexistants doit donc, surtout en présence de l'art. 146, recevoir son application quant au mariage. Cette application s'impose même plus impérieusement en notre matière qu'en aucune autre. Si on la repoussait, en effet, on aboutirait à ce

(1) Locré, *Lég.*, XII, p. 429, n. 24 s.
(2) Locré, *Lég.*, XII, p. 524, n. 24.

résultat vraiment absurde, que celles des prétendues unions légitimes qui violeraient le plus effrontément la loi, comme celle que contracteraient deux personnes de même sexe, ou qui seraient le plus dépourvues de réalité, à raison, par exemple, de l'absence totale de volonté de l'un des époux, privé complètement de ses facultés mentales, mais non interdit, seraient à l'abri de toute attaque et devraient nécessairement être maintenues ; car il est de principe certain que les causes de nullité du mariage et les personnes qui peuvent les proposer sont limitativement déterminées par la loi : or elle garde sur ces cas le plus complet silence! Et c'est bien à cette conclusion qu'a été conduite la cour de cassation (1), lorsque, contrairement à la décision de la cour de Paris (2), elle a dénié à des héritiers collatéraux le droit de demander la nullité du mariage contracté par leur auteur en état de démence. Cette action devait leur être effectivement refusée, en l'absence de tout texte qui la leur reconnût, s'il était vrai, comme la cour suprême l'a formulé dans un arrêt subséquent, « que les nullités de mariage, quelque radicales ou absolues qu'on les suppose, ne peuvent être proposées, tant par voie d'action que par voie d'exception, que par les personnes auxquelles la loi en a expressément conféré le droit et dans les cas qu'elle a déterminés ». Mais bien mieux, il serait encore résulté de ce principe que, de son vivant même, ni la personne privée de ses facultés mentales lors du mariage, ni son tuteur, après son interdiction prononcée, n'auraient pu en réclamer l'annulation, puisque aucun texte ne leur octroyait cette faculté. Vainement, en effet, Merlin (3) s'est-il efforcé d'établir, pour échapper à une pareille conséquence, qu'elle leur était concédée par l'art. 180, en lequel il voit la sanction

(1) Civ. cass., 9 janv. 1821, S., 21. 1. 157, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 210. — Cf. aussi Req. rej., 12 nov. 1844, S., 45. 1. 246, rapp. de M. Mestadier, D., 45. 1. 98. — Colmar, 27 fév. 1852, S., 52. 2. 488, D., 52. 2. 260.

(2) 18 mai 1818, S., 19. 2. 182, D., *Rép.*, v° *Culte*, n. 115.

(3) *Rép.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, quest. 1 sur l'art. 180, et quest. 6 sur l'art. 184; *Quest.*, v° *Mariage*, § 12. — Cpr. aussi Beudant, I, n. 285. — Bordeaux, 25 juin 1884, S., 84. 2. 201, D., 88. 1. 161. — Civ. rej., 9 nov. 1887, S., 87. 1. 461, D., 88. 1. 160. — Bastia, 8 fév. 1888, S., 89. 2. 177, D., 89. 2. 317. — Civ. rej., 26 fév. 1890, S., 90. 1. 216, D., 90. 1. 290.

de l'art. 146 : car il est trop manifeste que cette dernière disposition prévoit le cas d'absence complète de consentement, tandis qu'il est question dans l'autre de l'hypothèse où le « consentement n'a pas été libre », mais, quoique vicié, n'en existe pas moins. Toutes ces tentatives ont démontré, par leur insuccès même, que, à elle seule, la théorie des nullités de mariage, si rigoureusement déterminée et si peu souple, était impuissante à venir à bout de toutes les violations possibles de la loi, et que la doctrine de l'inexistence, aux règles si larges, en était le complément aussi indispensable que rationnel (1).

1684. De la différence capitale qui sépare l'acte nul de l'acte inexistant dérivent, en effet, des différences secondaires nombreuses, et dont l'intérêt, pratique et théorique, est considérable :

1° L'intervention de la justice est nécessaire pour infirmer un acte nul, car, provisoirement, il existe : il conserve son efficacité jusqu'à ce qu'il ait été reconnu atteint d'un vice juridiquement susceptible d'en entraîner l'annulation, et que celle-ci ait été effectivement prononcée. Elle est inutile, au contraire, pour invalider un acte inexistant, car, à l'avance et par lui-même, n'étant que le néant, il est non avenu, et n'offre même pas ce point de résistance qui se rencontre dans l'acte annulable. A vrai dire, si la non-existence de l'acte était contestée, il faudrait bien qu'elle fût reconnue par l'autorité judiciaire, et celle-ci appelée à statuer en ce débat comme en tous les autres : mais elle ne pourrait procéder alors que par voie de constatation, et non d'annulation proprement dite. L'inexistence ne procèderait pas de sa déclaration, tandis que l'annulation est son œuvre. Il en serait question dans les motifs de sa sentence, et non dans le dispositif (2).

(1) Aubry et Rau, V, § 450, p. 6 et 7, n. 5 et 6, et § 451 *bis*, p. 10, n. 3; Demante, I, n. 256; Laurent, II, n. 274 s., n. 440 s.; Huc, II, n. 126; Planiol, I, n. 1004; Surville, I, n. 176; Fuzier-Herman, art. 180, n. 16 s. — Cpr. les considérants de l'arrêt de la cour de Bastia, 8 fév. 1888, S., 89. 2. 177, D., 88. 2. 317. — Trib. Anvers, 19 mars 1892, D., 95. 1. 185.

(2) Aubry et Rau, V, § 450, p. 6, n. 3, et I, § 37, p. 119, n. 5; Demolombe, III, n. 241; Demante, I, n. 255 et 256, n. 261 *bis*, I; Laurent, II, n. 269 et 440; Huc, II, n. 12, 21, et 158; Fuzier-Herman, art. 180, n. 7 s.; Glasson, n. 142. — Cpr.

Les solennités dont peut être accompagné un mariage inexistant, sa célébration devant un officier de l'état civil, peuvent toutefois rendre particulièrement nécessaire l'intervention du juge. La foi due à un acte régulier, qui ne laisse apercevoir aucune des causes d'inexistence du mariage, l'absence complète de consentement de l'une des parties, par exemple, fait en ce cas, comme le remarquait Tronchet (1), « qu'il y a un titre et une apparence qu'il faut détruire ». Dans cette mesure, il est exact de répéter, avec la jurisprudence, que « provision est due au titre » : ce titre doit être attaqué par la voie de l'inscription de faux, s'il porte qu'un des époux a dit le « oui » sacramentel, alors qu'on prétend établir qu'il a répondu par un « non » formel à la demande de l'officier (2). Mais cette attaque, encore une fois, n'est pas une action en nullité, soumise comme telle à toutes les règles du chapitre IV de notre titre. Et, bien plus, ce n'est pas le mariage qui en est l'objet, mais, ce qui est tout différent, l'acte qui prétend le constater, de telle sorte que, le cas échéant, c'est lui seul qui est annulé, et non le mariage : sa suppression une fois obtenue, la seule chose qui prêtait un semblant de vie à celui-ci s'évanouit, et il tombe de lui-même.

1685. M. Beudant conclut de la nécessité de cette action en justice, dans les cas où le mariage a une existence de fait, « c'est-à-dire dès qu'il a été célébré et qu'il y en a preuve », qu'il n'y a sous ce rapport aucune différence à faire entre les nullités substantielles et les autres, et que « la distinction si souvent présentée entre les mariages nuls ou inexistants et les mariages simplement annulables ne repose sur rien » (3). Son argumentation peut se réduire à ces deux termes : ou bien le prétendu mariage n'est même pas établi par un acte, et l'on ne comprend plus qu'il puisse être question de nullité, puisqu'il n'y a rien, et que, dans l'impossibilité où l'on est d'en affirmer l'existence, il s'efface de lui-même; ou, au con-

Surville, I, n. 176. — *Contra :* Beudant, I, n. 280. — Cpr. Bordeaux, 25 juin 1884, S., 84. 2. 201, concl. de M. Alphandéry, et note, D., 88. 1. 161.

(1) Locré, *Lég.*, IV, p. 374, n. 7.

(2) Laurent, II, n. 440; Huc, II, n. 122 et 158.

(3) I. n. 280.

traire, le mariage est prouvé par un acte de l'état civil, et cet acte oblige alors nécessairement à en demander et à en prononcer la nullité.

Mais vainement, d'abord, cet auteur s'appuie-t-il, pour soutenir sa doctrine, sur les paroles de Tronchet, qui, supposant l'existence d'un « titre » ou d'un « acte matériel », ne pouvait manquer de dire qu'il fallait le détruire. Plus inutilement encore observe-t-il qu' « il n'est question dans aucun texte de mariages nuls de droit » et que tout le chapitre IV parle de « demandes en nullité », puisqu'il a déjà constaté lui-même que les nullités qu'il appelle substantielles « sont impliquées par la nature même de l'acte, tellement qu'elles s'imposent même dans le silence de la loi » et que « ces trois nullités ne sont pas relevées dans le chapitre IV » (1). Et n'est-il pas plus conforme à l'idée même qu'éveillent le nom et la nature de nullités pareilles, qui sanctionnent des conditions sans lesquelles « le mariage ne se comprend pas », de penser qu'elles opèrent de plein droit, sauf à n'opérer, il est vrai, le cas échéant, qu'après que le titre qui donnait au mariage un semblant de vie a été préalablement anéanti?

Au surplus, on se demande quel serait donc, dans l'opinion de M. Beudant, le caractère juridique d'un mariage qui, dans une législation comme la nôtre, n'aurait été célébré que devant un ministre du culte. A défaut d'acte de l'état civil, la théorie de la nullité substantielle ne devrait pas être appliquée à ce pseudo-mariage, qui, n'étant soutenu par aucune preuve régulière, tomberait de lui-même et, pour ainsi dire, dans le vide. Mais, comme cependant le défaut d'intervention d'un officier municipal est constitutif, aux yeux de l'auteur, d'une nullité de cette espèce, il faudrait supposer, pour que cette nullité pût être prononcée, que le rôle de l'officier a été rempli par une personne sans qualité, le fils du maire, par exemple (2). Ce rapprochement nous semble merveilleusement instructif, car il laisse apparaître pourquoi M. Beudant en arrive à établir une différence juridique entre deux unions

(1) I, n. 276.
(2) Trib. Seine, 18 juin 1885, *Le Droit*, 19 juin.

prétendues, célébrées toutes deux par des personnes qui n'avaient pas plus qualité l'une que l'autre : c'est qu'il n'y a pas d'acte dans le premier cas, et qu'il y a un titre, non authentique d'ailleurs, dans le second. C'est assez dire que l'intervention de la justice ne serait utile que pour détruire le titre, et non pas le mariage, qui, de lui-même, et depuis le premier jour, n'existait pas. En définitive, c'est le fait positif de la célébration qui cache à M. Beudant l'inexistence réelle du mariage. Et, ce qui le prouve, c'est que lui-même admet que, lorsque deux personnes se sont simplement mariées devant un ministre du culte, « il n'y a pas d'annulation possible, puisqu'il n'y a pas de mariage » (1) et qu' « on n'annule pas le néant ». Mais vraiment, si cette union de deux êtres qui se voulaient pour mari et femme n'est que le néant, faute d'intervention de l'officier municipal, comment donc cette intervention serait-elle susceptible de faire quelque chose de rien, quand il n'y a pas eu du tout de consentement? Des deux cas, quel est donc celui où la substance du mariage manque le plus?

1686. 2° Toute personne intéressée peut se prévaloir de l'inexistence d'un acte (2), soit par voie d'action, soit par voie d'exception : s'il en était autrement, cet acte existerait, puisqu'il serait opposable à certains, ce qui serait contradictoire. Une nullité ne peut être invoquée que par les seules personnes auxquelles le but de la loi exige que ce droit soit concédé, et le cercle de ces personnes est plus ou moins étendu, suivant qu'il importe plus ou moins que l'acte tombe sous leurs coups. — D'autre part, le juge peut d'office constater

(1) I, n. 295.

(2) Aubry et Rau, V, § 451, p. 8, n. 5; § 451 *bis*, p. 9 et 10, n. 2; p. 13, n. 9 et 10, et p. 14; I, § 37, p. 119, n. 12; Demolombe, III, n. 241; Zachariæ, éd. Massé et Vergé, I, § 110, p. 171, n. 1; Demante, I, n. 255 et 255 *bis*; Laurent, II, n. 443 et 444; Huc, II, n. 21; Glasson, n. 140, 142 et 143; Fuzier-Herman, art. 180, n. 6. — Trib. Gand, 14 déc. 1846, D., 47. 3. 24. — Alger, 21 avril 1853, S., 54. 2. 444, D., 55. 2. 342. — Cpr. Planiol, I, n. 1010 et 1034. — *Contra* : Beudant, I, n. 280 et 285. — Bordeaux, 25 juin 1884, précité. — Civ. rej., 9 nov. 1887, S., 87. 1. 461, rapp. de M. Greffier, concl. de M. Desjardins, D., 88. 1. 160, note de M. Poncet. — Bastia, 8 fév. 1888, S., 89. 2. 177, note de M. Labbé, D., 88. 2. 317. — Gand, 2 juin 1902, S., 1903. 4. 24. — Cpr. Req. rej., 27 déc. 1831, S., 32. 1. 617, D., 32. 1. 45.

l'inexistence d'un acte (1), dont il ne saurait spontanément prononcer la nullité ; ce qui tient à ce qu'il lui est impossible de paraître croire à la vie de ce qui n'existe pas.

Estimant, avec la jurisprudence, qu'il n'y a pas de mariage nul de droit, M. Beudant (2) est conduit, comme elle, à rechercher si les nullités « substantielles » doivent être, relativement aux personnes qui peuvent les invoquer, assimilées aux nullités absolues proprement dites ou aux nullités relatives. Or, si la nullité résultant du défaut d'intervention d'un officier de l'état civil doit être, à son sens, régie comme les premières, la nullité procédant du défaut de consentement lui paraît participer du caractère des dernières ; et quant à la nullité dérivant de l'identité de sexe, il lui semble « bien invraisemblable qu'on puisse admettre alors la plainte d'autres que les époux eux-mêmes ».

L'invraisemblance, à nos yeux — et nous éprouvons quelque peine à saisir qu'on puisse penser autrement — serait, au contraire, que les tiers intéressés fussent obligés de respecter les effets de l'union de deux êtres qui ne seraient pas de sexes différents, ou dont l'un n'aurait réellement pas voulu se marier! M. Beudant cherche bien à rendre ce résultat de sa doctrine plus acceptable, en supposant seulement, en la personne de l'un des époux, des vices de conformation qui ne permettraient pas de définir son sexe. Mais qu'aurait-il dit, si deux personnes de sexes parfaitement définis et de même sexe étaient parvenues à surprendre la bonne foi d'un officier de l'état civil, et prétendaient se réserver à elles seules le droit d'attaquer leur mariage? Et que devient le prétendu caractère irréparable de cette nullité, qui tient « à ce qu'il y a de plus essentiel, de vraiment constitutif dans le mariage » (3), s'il dépend des parties de la couvrir, en s'abstenant soigneusement de la faire valoir ? Lorsqu'enfin l'absence de consentement a été certaine et complète, il nous paraît paradoxal, en dépit de tout ce qu'on a pu dire, de per-

(1) Jaubert, *Rapp. au Trib.*, Locré, *Lég.*, XII, p. 523 et 524, n. 24. — Aubry et Rau, I, § 37, p. 119, n. 5.
(2) I, n. 285.
(3) I, n. 280.

mettre à ces pseudo-époux de donner la vie, par leur silence, à quelque chose qui, faute de substance, n'a pas pu exister et ne se comprend même pas, et d'obliger ainsi les tiers à le considérer comme une réalité. Si profondément absurde que cela fût, il faudrait bien l'admettre, si le code civil avait explicitement consacré un pareil système. Mais il reste encore à prouver qu'il a placé dans l'art. 180 la sanction de l'art. 146, et assimilé l'absence de consentement, qui par essence ne peut rien engendrer du tout, au défaut de liberté de la volonté, qui détruit la spontanéité de cette volonté, sans doute, mais non sa puissance créatrice.

1687. 3° Le droit de se prévaloir de l'inexistence d'un acte est nécessairement imprescriptible (1), car le temps est impuissant à consolider ce qui n'a jamais existé : la prolongation d'une situation que la loi ne connaît même pas, ne peut point la rendre légale. Les nullités peuvent être, au contraire, soumises à la prescription, car il est possible que le vice dont l'acte était infecté disparaisse ou s'atténue avec les années, de telle sorte que l'intérêt social réclame plutôt le maintien que l'anéantissement de cet acte. Il se peut aussi, sans doute, que ce même intérêt veuille que l'action en nullité reste toujours ouverte ; mais, même en ce cas, c'est le caractère particulier de la nullité qui la fait imprescriptible, tandis que l'inexistence l'est obligatoirement, par sa nature même.

1688. 4° Les actes inexistants ne sont pas susceptibles de confirmation ou de ratification, expresse ou tacite, car, si formelle qu'on la suppose, elle ne peut pas faire quelque chose de rien (2) : c'est le support même qui lui manque. Les actes nuls étant des actes seulement imparfaits, on s'explique fort bien, au contraire, que le vice dont ils sont atteints puisse par là être réparé, purgé ; et lorsque la confirmation est, pour eux-mêmes, interdite, cette impossibilité tient, non pas à ce que

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, III, n. 241 ; Demante, *loc. cit.;* Laurent, II, n. 269 et 445 ; Huc, II, n. 21 ; Glasson, n. 142 ; Fuzier-Herman, art. 180, n. 6. — Cpr. Civ. cass., 16 mai 1808, S., 8. 1. 297.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demante, *loc. cit.;* Laurent, *loc. cit.;* Huc, II, n. 12 et 21 ; Fuzier-Herman, art. 180, n. 6, et art. 181, n. 9. — Cpr. Beudant, I, n. 280 et 285. — Civ. cass., 15 janv. 1872, D., 72. 1. 52.

la ratification ne rencontre rien qui lui permette de s'appliquer, mais à ce que la loi a voulu que le vice dont l'acte est atteint reste indélébile et ineffaçable.

1689. 5° Enfin l'acte inexistant ne peut produire aucun effet, car il est le néant, tandis que l'acte nul, nanti d'une existence provisoire, est susceptible d'avoir des effets provisoires comme elle. Sans doute son annulation, le faisant considérer comme n'ayant jamais existé, les anéantira rétroactivement; mais du moins, jusque-là, les aura-t-il développés. Et peut-être même se maintiendront-ils indéfiniment, ce qui arrivera si l'action n'est pas exercée ou si elle se trouve prescrite. Cette différence entre les deux sortes d'actes est, en dépit des apparences, peut-être de toutes la moins importante, puisque, en définitive, l'acte annulable, une fois effectivement reconnu nul, se trouve ordinairement aussi destitué de conséquences que l'acte inexistant.

1690. Cette théorie générale doit être maintenant appliquée au mariage. Or le laconique art. 146 est le seul, dans le code, qui s'y réfère. Quels sont donc les éléments essentiels en l'absence desquels, en droit français, le mariage n'existe même pas?

La doctrine s'accorde à reconnaître qu'actuellement ils sont au nombre de trois seulement : la différence de sexes, le consentement des époux, la célébration devant l'officier de l'état civil.

1° La différence de sexes entre les contractants (1). Ce premier élément n'exige aucune explication nouvelle, après les développements qui lui ont été déjà consacrés.

1691. 2° Le consentement des parties contractantes (art. 146). Si donc l'une d'elles n'a pas consenti du tout, soit qu'elle n'ait pas voulu consentir, soit que, physiquement, elle n'ait pu le faire, à raison d'une des circonstances qui ont été déjà spécifiées, le mariage est inexistant et peut être déclaré

(1) Aubry et Rau, V, § 450, p. 5 et 6, n. 3, et § 451, p. 8, n. 3; Zachariæ, éd. Massé et Vergé, I, § 110, p. 171, n. 10; Demolombe, III, n. 11 et 242; Marcadé, I, *Observ. prélim.*, II, n. 620; Laurent, II, n. 271, 276 et 432; Huc, II, n. 13 et 14; Planiol, I, n. 1005 et 1006; Surville, I, n. 176; Beudant, I, n. 214 et 276; Glasson, n. 133; Fuzier-Herman, art. 180, n. 3.

tel à toute époque, et à la requête de tout intéressé, aussi bien de l'époux qui avait personnellement et pleinement consenti que de l'autre ou de ses héritiers (1).

1692. Cette règle ne comporte à nos yeux, en droit, aucun tempérament. Et, par suite, c'est énoncer une proposition presque suspecte que dire, avec MM. Aubry et Rau (2), que les tribunaux ne doivent déclarer le mariage non avenu qu'avec la plus grande réserve, « lorsque la demande est formée, soit par l'époux sain d'esprit qui ne prouverait pas qu'il a ignoré l'état mental de son futur conjoint, soit par des collatéraux qui n'auraient pas provoqué l'interdiction de l'époux qu'ils prétendraient s'être marié en état de démence, et, surtout, lorsqu'elle est intentée par l'époux qui, après avoir complètement recouvré l'usage de ses facultés intellectuelles, aurait continué de cohabiter avec la personne à laquelle il soutiendrait s'être uni à une époque où il n'était pas sain d'esprit ». Cette proposition donnerait à supposer que, l'état de démence de l'un des époux, au moment même de la célébration, fût-il péremptoirement établi, le mariage n'en devrait pas moins être maintenu, si l'époux demandeur avait connu cet état, ou si les collatéraux n'avaient pas pris la peine de faire interdire leur parent, ou enfin si, revenu à la santé, l'ancien dément ne mettait pas fin à la vie commune. Or il ne peut pas être dans la pensée des savants auteurs de subordonner à l'absence de pareilles conditions le succès de la demande, puisqu'elle serait alors susceptible de se heurter à

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, et § 451 *bis*, p. 9 et 10, n. 3; p. 13, n. 9 et 10, et p. 14; § 461, p. 91, n. 4; Demolombe, III, n. 242 et 246; Demante, I, n. 207 *bis* et 262 *bis*, I; Marcadé, I, *Observ. prélim.*, II, n. 620 s.; Valette sur Proudhon, I, p. 391, note *a*; Laurent, II, n. 272, 277 s. et 432; Huc, II, n. 16; Planiol, I, n. 1009; Surville, I, n. 176; Glasson, n. 116, 140 et 143; Fuzier-Herman, art. 146, n. 7 et 12 s.; art. 180, n. 3 et 19 s.; art. 34, n. 38 s. — *Contra*, dans le sens de la nullité : Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, quest. 1 sur l'art. 180, et quest. 6, sur l'art. 184; *Quest.*, v° *Mariage*, § 12; Proudhon, I, p. 391; Delvincourt, I, p. 74, note 3; Toullier, I, n. 501 et 502; Duranton, II, n. 27 s.; Beudant, I, n. 221 et 276; Vazeille, I, n. 88 s., 239 et 240; Magnin, *Des minor.*, I, n. 158 s. — Civ. cass., 9 janv. 1821, S., 21. 1. 157, D., *Rép.*, v° *Mar.*, n. 210. — Toulouse, 26 mars 1824, S., 24. 2. 223, D., *loc. cit.* — Colmar, 27 fév. 1852, S., 52. 2. 488, D., 52. 2. 260. — Gand, 2 juin 1902, S., 1903. 4. 24. — Cpr. Alger, 21 avril 1853, S., 54. 2. 244, D., 55. 2. 312. — Cf. *supra*, p. 307, note 1.

(2) V, § 451 *bis*, p. 14.

des fins de non-recevoir dont la notion de l'inexistence doit faire repousser jusqu'à l'idée. Le juge, à coup sûr, serait déjà bien assez accessible aux circonstances de fait qu'on spécifie, pour qu'on ne semble point, par surcroît, lui donner le conseil de se retrancher derrière le prétendu défaut d'une preuve qui pourrait être pleinement faite, afin de se soustraire à l'application du droit.

1693. 3° La célébration devant l'officier de l'état civil. La loi a fait effectivement du mariage un acte solennel et lui a imposé des formes particulières, destinées à rendre aussi volontaire, aussi certain et aussi public que possible, le nouvel état des époux : en l'absence de ces formes, il ne saurait exister, suivant la maxime *forma dat esse rei* (1).

1694. Mais en quoi consistent précisément ces formes solennelles? Faut-il y comprendre toutes les formalités dont l'accomplissement est requis lors de la célébration? La négative est certaine, et on s'accorde à admettre que ces formes se réduisent à la manifestation du consentement des parties devant un officier de l'état civil et à la déclaration par laquelle cet officier les unit au nom de la loi (2). « La déclaration des parties, qui constate leur consentement libre et volontaire, lit-on dans un arrêt de la cour suprême, et celle de l'officier de l'état civil, qui prononce, au nom de la loi, que l'union conjugale est formée, sont des formalités substantielles, sans l'accomplissement desquelles il ne saurait y avoir de mariage. » En effet, l'intervention de l'autorité civile, dans une législation où le mariage est sécularisé et ne peut être contracté *solo consensu,* ne peut pas être supprimée ou remplacée par une autre, sans que la légitimité de l'union disparaisse,

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, et § 452, p. 14, n. 1; I, § 37, p. 119, n. 4; Demolombe, III, n. 205, 240 et 242; Valette sur Proudhon, I, p. 411; Marcadé, *loc. cit.*, n. 620; Laurent, II, n. 273, 279, 409, 428 et 444; Huc, II, n. 19 et 20; Surville, I, n. 176; Fuzier-Herman, art. 180, n. 3; Glasson, n. 140. — Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Mar.*, sect. V, § 2, n. 6; Planiol, I, n. 1007 et 1008; Beudant, I, n. 276. — Civ. cass., 22 avril 1833, S., 33. 1. 188. — Trib Seine, 18 juin 1885, *Le Droit,* 19 juin.

(2) Aubry et Rau, V, § 451 *bis*, p. 12, et § 452, p. 14, n. 1; Demolombe, III, n. 211 et 242; Demante, I, n. 240-*bis*, II; Marcadé, *loc. cit.*, n. 620; Laurent, *loc. cit.*; Glasson, n. 111; Fuzier-Herman, art. 34, n. 38 s.

avec toutes les garanties dont on a voulu en entourer la formation. Et si la loi impose au représentant de l'autorité, non pas le rôle passif d'un simple témoin, mais la fonction active d'un ministre procédant à une solennité, si elle l'oblige, comme la nôtre, à déclarer unies, au nom de cette loi, les parties qui comparaissent devant lui, il en résulte encore qu'à défaut de cette déclaration elles ne sont pas légitimement mariées. Ainsi il n'y aurait pas de mariage, soit si l'union était contractée en France *solo consensu*, ou en présence de témoins, ou par-devant un ministre du culte ou un fonctionnaire public non investi des fonctions d'officier de l'état civil (1), soit même si, célébrée par un officier ayant ce caractère, il omettait de prononcer qu'elle est légalement formée (2). Ce n'est pas à dire toutefois qu'il soit astreint à employer à cet effet une formule sacramentelle, que les termes de l'art. 75 ne paraissent nullement lui imposer (3).

Dans tous ces cas l'inexistence du mariage pourrait être proposée en tout temps et par toute personne intéressée, sans qu'il pût être élevé aucune fin de non-recevoir, à raison, par exemple, de la possession d'état plus ou moins longue dont auraient joui les prétendus époux (4).

1695. Quant aux autres formalités constitutives de la célébration, elles sont tout au plus prescrites, quoi qu'on en ait dit, à peine de nullité (5). Il en est ainsi tout d'abord de la publicité de la célébration et de la compétence de l'officier de l'état civil (6), ainsi que le prouve indiscutablement l'art. 191,

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 14, n. 2 et 3; Demolombe, III, n. 205; Zachariæ, éd. Massé et Vergé, I, § 110, p. 171, n. 11; Marcadé, *loc. cit.* — Bourges, 17 mars 1830, S., 30. 2. 174, D., 30. 2. 215. — Paris, 18 déc. 1837, S., 38. 2. 113, D., 38. 2. 177. — Lyon, 4 avril 1867, S., 67. 2. 590. — Cpr. Valette sur Proudhon, I, p. 411 s.; Vazeille, I, n. 252. — Civ. rej., 2 déc. 1807, S., 8. 1. 140, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 39. — Civ. cass., 10 août 1819, S., 19. 1. 492, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 565. — Bastia, 2 fév. 1857, S., 57. 2. 129.

(2) Cpr. Planiol, I, n. 862.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 15, n. 6; Demolombe, III, n. 241; Marcadé, I, *Obs. prélim.*, I, n. 618.

(5) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 14.

(6) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 14 et 15, n. 4. — Cpr. Zachariæ, *op. cit.*, I, § 113, p. 178 et 179.

qui va même jusqu'à permettre au juge de ne pas annuler le mariage susceptible d'être critiqué sous ce rapport. Pour être des plus désirables en effet, la publicité, à laquelle se rattache la compétence de l'officier public, ne se conçoit pas logiquement comme une des conditions essentielles de l'union légitime. Et on comprend d'autant mieux qu'elle n'ait pas non plus été considérée comme telle par la loi positive, que, si elle ne s'est pas réalisée avec toute l'étendue requise, elle a cependant pu accompagner la célébration dans une mesure très suffisante.

Quant à la rédaction d'un acte et à son inscription sur les registres de l'état civil, elles ne sont même pas prescrites à peine de nullité du mariage (1). La preuve en est dans l'art. 46, qui autorise à établir par témoins l'existence de celui-ci, dans le cas même où on n'a pas tenu de registres dans la commune où il a été célébré. L'acte n'est donc requis par la loi que comme un instrument de preuve, instrument d'ailleurs, en principe, rigoureusement nécessaire pour se prévaloir des effets du mariage (art. 194).

1696. Aux trois conditions précédentes de l'existence du mariage, il y avait lieu d'en ajouter une quatrième, avant la loi du 31 mai 1854, abolitive de la mort civile : les deux contractants devaient jouir de la vie civile (2). Les termes mêmes de l'art. 25 al. 7 du code, qui déclarait le mort civilement « incapable de contracter un mariage qui produise aucun effet civil », justifiaient cette proposition ; car destituer cette union des seuls effets qu'elle pût avoir dans notre législation, c'était évidemment la considérer comme non avenue. Mais cette solution était encore confirmée par les travaux préparatoires : la disposition du projet qui accordait au conjoint du condamné le droit exclusif d'attaquer le mariage contracté par celui-ci, fut précisément supprimée, sur cette observation

(1) Cf. *infra*, n. 1874.

(2) Aubry et Rau, V, § 450, p. 5; Zachariæ, *op. cit.*, I, § 110, p. 170, n. 7; Demolombe, III, n. 242; Demante, I, n. 260 *bis*, VI; Toullier, I, n. 650; Fuzier-Herman, art. 180, n. 4 s. — Civ. cass., 16 mai 1808, S., 8. 1. 297, D., *Rép.*, v° *Emigré*, n. 81. — Paris, 14 juin 1828, S., 28. 2. 334, D., 28. 2. 192. — Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. III, § 1, n. 3; Duranton, II, n. 132; Vazeille, I, n. 84 s., n. 229 s.

du premier consul qu'il était inconséquent de supposer l'existence d'un pareil mariage (1).

Il résulte de là que ni l'abolition de la mort civile en 1854, ni sa cessation avant cette loi pour le condamné, par exemple à la suite de la réhabilitation ou de l'amnistie, n'ont rien changé au sort des mariages contractés auparavant par lui (2), pas plus qu'elles n'ont privé son ancien conjoint de la faculté de se remarier (3). Et la cohabitation des nouveaux époux, continuée depuis ces événements, n'a pu élever une fin de non-recevoir contre l'action ou l'exception par laquelle on se prévalait de l'inexistence de leur union, car elle est restée impuissante à confirmer ce qui jusqu'alors n'existait pas (4).

§ II. *Des nullités de mariage.*

N° 1. Principes.

1697. Conformément à la règle générale exprimée par l'ancien adage, « nullités de plein droit n'ont lieu », et ainsi que le montrent la rubrique même du chapitre IV de notre titre, « *Des demandes en nullité de mariage* », comme tous les textes qui le composent, l'annulation d'un mariage n'a jamais lieu de plein droit et en vertu des seules dispositions de la loi : elle doit être prononcée par la justice, sur l'action portée ou l'exception soulevée devant elle. Plus encore dans

(1) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 355, art. 6; p. 369 s., n. 2 à 5.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Mar.*, sect. III, § 1, n. 3; Aubry et Rau, V, § 451, p. 8, n. 6: I, § 83, p. 336, n. 5, et p. 337, n. 7; Demolombe, *loc. cit.* — Civ. cass., 16 mai 1808, précité. — *Contra :* Consult. des avocats de Rennes, publiée par Toullier, Paris, 1817. — Req. rej., 31 juill. 1850, S., 50. 1. 672, D., 50. 1. 321. — Cpr. Vazeille, I, n. 237. — Paris, 14 juin 1828, précité.

(3) Aubry et Rau, I, § 83, p. 337, n. 7 (pour la réhabilitation); Demolombe, I, n. 232 et 236, p. 305; Bertauld, *Cours de code pén.*, 4e édit., p. 290; Humbert, *Des conséq. des cond. pénales*, n. 453 et 454; Fuzier-Herman, art. 33, n. 3 s., et art. 144, n. 3 s. — Civ. rej., 21 juin 1858, S., 59. 1. 135, rapp. de M. Chégaray, concl. de M. Dupin, D., 58. 1. 265. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 336, n. 5 (pour l'amnistie). — Req. rej., 31 juill. 1850, précité. — Civ. cass., 8 déc. 1851, S., 52. 1. 215.

(4) Aubry et Rau, V, § 450, p. 8, n. 7; Demolombe, III, n. 242. — *Contra :* Merlin, *Rép.*, *loc. cit.* — Req. rej., 19 juin 1811, S., 11. 1. 220, D., *Rép.*, v° *Emigré*, n. 167. — Req. rej., 31 juill. 1850, précité. — Cpr. Merlin, *loc. cit.*, sect. VI, § 1, art. 184, quest. 5.

notre matière qu'en aucune autre, il importe que la justice seule soit appelée à constater l'absence des éléments dont le défaut compromet la validité du mariage. Jusque-là donc il existe et produit tous ses effets (1).

1698. De là notamment les conséquences suivantes : 1° la demande en nullité, intentée par le mari contre la femme, doit être portée devant le tribunal du domicile de celui-ci, qui est légalement celui de la défenderesse, tant que le mariage n'a pas été annulé (art. 108), à moins que la séparation de corps ne soit déjà intervenue (2).

2° La femme ne peut intenter la même demande contre le mari qu'après avoir été préalablement autorisée par lui, ou, à son défaut, par la justice, car son incapacité à cet égard est un des effets de l'union encore subsistante (art. 215) (3). Il peut paraître contradictoire de respecter, dans ces deux cas, les effets d'un acte dont la demande se propose justement de faire proclamer la nullité. Mais on ne saurait cependant, d'autre part, se soustraire à ses conséquences, avant le triomphe de la demande qui en poursuit l'anéantissement.

1699. 3° Il ne doit pas, contrairement à l'opinion générale, être permis à des époux qui ont des raisons sérieuses de douter de la validité de leur mariage, de faire procéder à une nouvelle célébration avant qu'il ait été annulé : ce serait en méconnaître les effets, en dehors de la déclaration judiciaire qui peut seule les réduire à néant (4). L'état des époux et toutes les conséquences attachées à ce titre, notamment au point de vue de la filiation des enfants issus de leurs œuvres,

(1) Laurent, II, n. 435 et 436; Surville, I, n. 175. — Cpr. Planiol, I, n. 1045 s.

(2) Laurent, II, n. 436. — Cpr. Planiol, I, n. 1047.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Mar.*, sect. VI, § 2, art. 180; quest. 4; Laurent, *loc. cit.* — Civ. cass., 21 janv. 1845, S., 45. 1. 366, D., 45. 1. 97 et note. — Req. rej., 10 fév. 1851, S., 51. 1. 202, D., 51. 1. 43. — Civ. cass., 19 mai 1858, S., 58. 1. 720, D., 58. 1. 271. — Cpr. Planiol, I, n. 1047.

(4) Demante, I, n. 256 *bis*, et n. 265 *bis*, VIII. — Angers, 21 août 1840, S., 40. 2. 37, D., 40. 2. 243. — *Contra :* Demolombe, III, n. 286; Laurent, II, n. 439; Planiol, I, p. 350, note 1; Fuzier-Herman, art. 170, n. 56, et art. 180, n. 31 s.; Coin-Delisle, *Rev. crit.*, 1854, V, p. 212 s. — Gand, 27 mai 1853, D., 53. 2. 220. — Orléans, 26 août 1871, S., 72. 2. 145, D., 73. 2. 61. — Req. rej., 24 juil. 1872, S., 72. 1. 330, D., 73. 1. 208. — Orléans, 14 avril 1886, S., 86. 2. 191, D., 87. 2. 95. — Cpr. Paris, 6 avril 1869, S., 70. 2. 178, D., 72. 2. 216. — Req. rej., 14 déc. 1880, S., 81. 1. 349, D., 81. 1. 310.

de leurs conventions matrimoniales, de l'incapacité de la femme et de l'hypothèque légale qui lui appartient, seraient susceptibles d'être gravement modifiés par cette nouvelle célébration, qui, loin d'éclairer et de simplifier la situation, ne ferait que la compliquer et l'obscurcir. En effet, il est certain que le mariage nouveau ne saurait être aucunement considéré comme une confirmation du premier, de telle sorte que, celui-ci n'ayant pas été annulé, on devrait toujours se demander, chaque fois qu'apparaîtrait l'intérêt de la question, quel est des deux celui qui est valable. Mieux vaut donc, dans l'intérêt de tous, qu'elle soit vidée immédiatement. Du reste on ne voit pas bien quelle serait le plus souvent l'utilité de cette faculté pour les époux. Si la nullité est relative, il dépend d'eux de la couvrir plus simplement par une ratification expresse du mariage, qui n'exige tout au plus que le consentement de la famille, lequel serait tout aussi nécessaire pour le faire célébrer à nouveau. Et, si elle était absolue, ou bien elle serait pareillement couverte à bref délai dans le cas de l'art. 185; ou bien la même cause qui l'aurait entraînée pour la première union devrait vicier la seconde; ou bien enfin, au cas, par exemple, de clandestinité ou d'incompétence de l'officier de l'état civil, les époux auraient tout au moins, en appelant le juge à statuer sur le sort de leur mariage, chance de le voir maintenir, et mieux vaudrait toujours, si la validité en était douteuse, en provoquer l'annulation aussitôt et aller au devant des attaques dont il pourrait être ultérieurement l'objet. En tout cas, par son existence même, il s'oppose à ce qu'on le considère comme inexistant.

Vainement a-t-on objecté qu'aucun texte n'interdit cette nouvelle célébration. Il n'en était pas besoin pour dire qu'une même union ne saurait être célébrée deux fois, et l'art. 147 suffisait, à la rigueur, à montrer qu'elle devait être déclarée nulle avant que les époux fussent admis à la réitérer valablement. Plus inutilement encore invoque-t-on un argument d'analogie tiré de l'art. 1339, d'après lequel le donateur peut refaire une donation nulle en la forme, sans l'avoir fait préalablement annuler : car la donation est en ce cas inexistante, tandis que la mariage n'est qu'annulable. Sans

doute aussi une convention nulle peut être remplacée par une convention nouvelle, avant son annulation : mais c'est que les parties jouissent alors d'une liberté et d'une autonomie qui leur sont précisément refusées à l'égard du mariage. Quant à l'autorité de l'ancien droit, elle peut d'autant moins prévaloir sur toutes les raisons qui viennent d'être présentées, que, si Pothier (1) admet la possibilité de la « réhabilitation », par une célébration nouvelle, d'un mariage contracté devant un prêtre incompétent, il admet aussi que sa nullité se trouve par là purgée : or, en repoussant sur ce point sa doctrine, les auteurs qui s'en inspirent confessent eux-mêmes qu'elle ne saurait être transportée dans notre droit actuel. Il est vrai enfin que les rédacteurs du projet de code avaient songé à obliger les époux, sur l'ordre du ministère public, à réhabiliter leur mariage, lorsque les formes légales n'auraient pas été respectées (2). Mais, outre que cette idée n'eut pas de suites, il y a une énorme différence entre la réhabilitation de pure forme à laquelle ils auraient été astreints, pour obéir à la loi, et celle à laquelle ils procèderaient de leur propre autorité, pour parer aux conséquences d'une annulation éventuelle.

1700. Deux principes, que la cour de cassation a eu fréquemment l'occasion de formuler, dominent toute la matière des nullités de mariage.

Premier principe : Il n'y a pas d'autres nullités de mariage que celles qui sont prononcées, en termes exprès, par un texte formel (3). L'existence de cette dérogation remarquable au droit commun, qui admet des nullités virtuelles, c'est-à-dire des nullités qui, sans être prononcées expressément par la loi, dérivent de son esprit, est facile à démontrer.

(1) *Op. cit.*, n. 362.

(2) *Disc. au C. d'Etat*, Locré, *Lég.*, IV, p. 419, n. 18.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, quest. 6 sur l'art. 184; Aubry et Rau, V, § 458, p. 42, n. 2; Demolombe, III, n. 237 s., n. 335; Laurent, II, n. 430-432; Huc, II, n. 124; Surville, I, n. 174; Beudant, I, n. 275; Fuzier-Herman, art. 180, n. 10 s. — Civ. rej., 29 oct. 1811, S., 12. 1. 46, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 969. — Req. rej., 12 nov. 1844, S., 45. 1. 246, rapp. de M. Mestadier, D., 45. 1. 99. — *Contra :* Proudhon et Valette, I, p. 404 s.; Delvincourt, I, p. 65, note 4; Planiol, I, n. 994 s. — Cpr. Toullier, I, n. 651; Vazeille, I, n. 100.

A raison de l'extrême importance du sujet, le législateur a voulu tout prévoir, tout régler, et ne rien laisser à l'arbitraire, ni même à l'interprétation. Comment en douter, quand on le voit prononcer en termes exprès, et dans un chapitre spécial, la nullité du mariage pour toute une série d'hypothèses? N'est-ce pas donner clairement à entendre qu'elle ne peut être encourue dans d'autres? Admettre des nullités virtuelles, ce serait supposer que, contrairement à son intention, il n'a accompli qu'une partie de son œuvre et qu'il a laissé son plan incomplet. « Or, comme le disait Merlin, une pareille supposition se combat elle-même par sa propre invraisemblance. »

Il s'est trouvé cependant des auteurs qu'elle n'a pas effrayés. Sans repousser la doctrine qui interdit de « reconnaître l'existence d'une nullité, si cette nullité n'est appuyée sur les termes de la loi », Demante [1] admet toutefois que, « pour trouver la base dans la loi, il n'est pas nécessaire que la nullité soit formellement prononcée : à cet égard, la formule prohibitive peut suffire, car elle est de sa nature irritante; et toutefois on ne doit lui reconnaître cet effet qu'autant qu'il n'apparaît pas de l'intention contraire du législateur ». Mais il est trop évident que cette restriction emporte la règle, pour lui en substituer une autre, d'une application particulièrement difficile, et qui laisse tout à faire à l'interprète, contrairement à l'objet et à la raison même du chapitre IV de notre titre. — Quant aux réserves de M. Demolombe [2], elles sont plutôt de forme que de fond, et ne procèdent, semble-t-il, que d'une confusion momentanée entre les cas de nullité et les cas d'inexistence du mariage.

1701. DEUXIÈME PRINCIPE : La nullité d'un mariage ne peut être proposée, soit par voie d'action, soit par voie d'exception, que par les personnes désignées par la loi [3]. C'est encore

[1] I, n. 259, 260 et 260 *bis*, I. — Cf. aussi Proudhon et Valette, Delvincourt, Planiol, *loc. cit.*

[2] III, n. 238.

[3] Merlin, *loc. cit.*, quest. 1, sur l'art. 184; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 43, n. 3; Laurent, II, n. 433; Huc, II, n. 124; Beudant, I, n. 275; Fuzier-Herman, art. 180, n. 10 s. — Civ. cass., 9 janv. 1821, S., 21. 1. 157, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 468. —

une dérogation au droit commun, d'après lequel une action appartient à tous ceux qui ont intérêt à la faire valoir, mais qui n'en est pas moins certaine. Les dispositions de notre loi qui organisent si minutieusement le droit de se prévaloir d'une nullité de mariage n'auraient aucun sens, s'il ne fallait leur reconnaître un caractère limitatif. Et c'est à juste titre qu'elles ont resserré parfois le cercle des personnes auxquelles ce droit appartient : « le mariage, a dit la cour de cassation, tient trop essentiellement à l'ordre social pour avoir été imprudemment livré à toutes les attaques des mauvaises passions. » Suivant donc qu'il importait plus ou moins à la collectivité que le mariage fût annulé, la loi s'est montrée plus ou moins libérale à cet égard.

1702. Envisagées sous cet aspect, la doctrine a réparti toutes les nullités, en s'inspirant des vues mêmes des rédacteurs du code civil (1), en deux catégories : les nullités relatives, qui ne peuvent être proposées que par certaines personnes, limitativement déterminées; les nullités absolues, qu'il appartient au contraire à tout intéressé, ainsi qu'au ministère public, de faire valoir (2). Cette différence entre elles procède elle-même de ce que les premières sont fondées sur un intérêt privé, qui peut être sauf dès que certaines personnes sont admises à s'en prévaloir, tandis que les secondes reposent sur des considérations d'ordre public et d'intérêt général, qui réclament, aussi large que possible, l'extension du droit d'action. Et, de cette diversité dans leur fondement, naît entre elles une nouvelle opposition, au point de vue de la possibilité de purger le vice dont le mariage est entaché : les nullités relatives sont toutes susceptibles de se couvrir par le temps ou par la ratification des personnes auxquelles l'action appartient, tandis que les nullités absolues ne peuvent, en principe,

Req. rej., 12 nov. 1839, S., 39. 1. 826, D., 40. 1. 16. — Req. rej., 12 nov. 1844, S., 45. 1. 246, D., 45. 1. 99. — Civ. rej., 9 nov. 1887, S., 87. 1. 461, D., 88. 1. 161. — *Contra :* Vazeille, I, n. 239 et 240.

(1) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 371 à 374, n. 6 à 8; p. 378, n. 14; p. 406, n. 2. — Cf. Pothier, *op. cit.*, n. 444.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 43, n. 4; Demolombe, III, n. 243; Laurent, II, n. 434; Surville, I, n. 175; Fuzier-Herman, art. 180, n. 23. — Cpr. Planiol, I, n. 1031 s., 1066 s., 1073 s.; Beudant, I, n. 275 s., 281, 284.

et sauf peut-être (1) une seule exception (art. 185), être effacées par quelque événement que ce soit (2).

1703. Ce n'est pas à dire toutefois, et cette remarque doit être faite de suite à raison de son importance, qu'il ne puisse être opposé à une action fondée sur une nullité absolue aucune fin de non-recevoir. Il se peut, au contraire, que cette action échoue, faute d'intérêt en la personne de celui qui l'exerce, soit qu'il n'en ait jamais eu à faire prononcer l'annulation du mariage, soit qu'il ait perdu celui qu'il y avait, par suite d'une renonciation volontaire aux droits qu'elle lui aurait permis de faire valoir ou par l'effet de la prescription qui les anéantit. Mais si, quant à lui, la nullité est pratiquement comme si elle était couverte, elle n'en subsiste pas moins à l'égard de tous les autres ayant-droit : le vice dont le mariage est atteint n'en reste pas moins ineffaçable; seul l'intérêt de ceux qui peuvent s'en réclamer est susceptible de disparaître (3).

1704. Du reste, le droit de demander la nullité d'un mariage emporte, en général, pour la même personne celui de soutenir, par la voie de l'intervention ou de l'appel, la validité d'une union qui aurait été, d'après elle, à tort attaquée ou annulée. Cette faculté, qui dérive des principes sur l'intervention, doit d'autant plus lui être accordée, que la décision à laquelle elle n'aurait été ni partie, ni représentée, serait susceptible d'avoir vis-à-vis d'elle autorité de la chose jugée (4).

1705. Mais, à cet égard, n'y a-t-il pas à distinguer entre les simples particuliers, agissant au nom d'intérêts privés, et le mi-

(1) Nous disons « peut-être », car une autre exception dériverait de l'interprétation généralement donnée de l'art. 196. Mais nous la repoussons. — Cf. *infra*, n. 1950.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 44, n. 8-11. — Cpr. Planiol, I, n. 1048 s., 1068 s., 1077 s. ; Surville, I, n. 175 ; Beudant, I, n. 280.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. V, § 2, n. 11 ; sect. VI, § 2, quest. 5 sur l'art. 184 ; quest. 3 sur l'art. 196. — Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 44 et 45, n. 12 et 13, et § 461, p. 64, n. 41.

(4) Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 3, n. 1 et 2 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 43, n. 5 ; Huc, II, n. 150. — Civ. cass. (sur ce point), 30 juill. 1900, S., 1902. 1. 225, D., 1901. 1. 317, *J. Clunet*, 1900, p. 969. — Cpr. Wahl, note S., 1902. 1. 225 ; Tissier, *Rev. crit.*, 1902, p. 595. — Cf. *infra*, n. 1880 s.

nistère public, représentant de la société (1)? A vrai dire, celle-ci pourrait être intéressée à ce qu'il fût permis à son organe de demander le maintien d'un mariage dont la validité est indûment contestée, ou dont l'annulation ne cache peut-être qu'un divorce frauduleux entre les époux. Mais cette autorisation ne lui a pas été, selon nous, accordée par l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810 : le premier alinéa ne lui concède le droit d'agir que dans les cas spécifiés par un texte formel, et le second, qui ne vise que son droit d'intervention en matière extrajudiciaire, ne le relève pas de cette incapacité. Au surplus, partie jointe au procès, le ministère public est à même de travailler au triomphe de la vérité.

1706. A l'inverse, des personnes qui ne seraient pas, du moins actuellement, investies du droit de demander la nullité d'un mariage, seraient admises à en critiquer la validité, au cas où elles seraient parties dans un procès dont la décision dépendrait de cette contestation elle-même et acquerrait à leur égard l'autorité de la chose jugée. Ainsi l'exigent péremptoirement les nécessités de la défense. Il ne se peut pas que, mises en demeure de contester la validité d'une union, parce qu'on leur oppose la légitimité des enfants qui en sont issus, elles ne puissent produire tous leurs moyens contre la prétention dirigée contre elles. Une remarquable application de ce principe, qui est certain, a été faite par la jurisprudence aux collatéraux, dans le cas de l'art. 187 (2).

1707. A titre de questions d'état, les demandes en nullité de mariage devaient être, autrefois, jugées sur appel en audience solennelle. Il n'en était autrement que si la nullité n'avait été soulevée que par voie incidente (3).

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 43, n. 6; Demolombe, III, n. 312; Duvergier sur Toullier, I, n. 648, note 2; Huc, II, n. 149; Allemand, I, n. 517. — Civ. cass., 5 mars 1821, S., 21. 1. 197, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 521. — *Contra* : Merlin, *loc. cit.*, n. 3; Toullier, I, n. 648; Valette sur Proudhon, I, p. 444, obs. II; Demante, I, n. 272 *bis*, III. — Paris, 13 août 1851, S., 51. 2. 465, D., 52. 2. 113. — Chambéry, 7 févr. 1885, S., 86. 2. 217, note de M. Chavegrin, D., 82. 2. 241, et note. — Cpr. Duranton, II, n. 344; Delvincourt, I, p. 76, note 4; Vazeille, I, n. 255.

(2) Cf. Huc, II, n. 150. — Civ. cass., 25 mars 1889, S., 90. 1. 145, concl. de M. Desjardins, note de M. Labbé, D., 90. 1. 227. — Cpr. Civ. cass. (sur ce point), 30 juillet 1900, précité.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 44, n. 7. — Req. rej., 26 juill. 1865, S., 65. 1. 393, D., 65. 1. 493.

Depuis le décret du 26 novembre 1899, les appels relatifs aux questions d'état ne sont plus portés à l'audience solennelle. C'est donc en audience ordinaire, conformément à la règle générale, que les cours d'appel statuent maintenant sur les demandes en nullité de mariage.

Ces principes généraux posés, il convient de s'occuper successivement des nullités relatives et des nullités absolues.

N° 2. Des nullités relatives de mariage.

1708. Le mariage est entaché de nullité relative dans deux cas : 1° lorsque le consentement des époux ou de l'un d'eux a été vicié ; 2° lorsque l'un des époux, supposé mineur, n'a pas obtenu le consentement de ses ascendants ou de son conseil de famille, ou que ce consentement est vicié lui-même.

I. Première cause : *Des vices du consentement des époux.*

1. *De quels vices procède la nullité.*

1709. La nullité du mariage peut procéder, en premier lieu, de ce que le consentement des époux, quoique réellement existant, sans quoi il n'y aurait pas de mariage (art. 146), est vicié, c'est-à-dire profondément altéré dans sa moralité. L'art. 180 ne reconnaît que deux vices susceptibles de produire ce résultat, le défaut de liberté et l'erreur dans la personne. « *Le mariage*, y est-il dit, *qui a été contracté sans* » *le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne* » *peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux* » *dont le consentement n'a pas été libre. — Lorsqu'il y a eu* » *erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué* » *que par celui des deux époux qui a été induit en erreur.* »

1710. Il résulte tout d'abord de cette disposition que le dol, qui est une cause de nullité des contrats (art. 1109), est par lui-même sans influence sur la validité du mariage. Loysel (1) avait donné de cette règle, déjà ancienne dans notre droit, cette formule un peu grossière : « en mariage

(1) *Instit. cout.*, liv. I, tit. II, *reg.* 3.

trompe qui peut. » A vrai dire, les mécomptes sont si fréquents en cette matière, et les manœuvres qui les préparent si habituelles dans des négociations où chaque partie s'efforce de se présenter sous son jour le plus avantageux, que la loi a réellement pu craindre d'ébranler l'institution du mariage, si elle permettait à toutes les désillusions de se manifester sous la forme d'une action en nullité pour cause de dol. A cette première considération, qui n'a rien d'immoral, contrairement à ce qu'on a prétendu, on peut en joindre une autre, plus juridique. L'annulation d'un contrat, lorsqu'elle est motivée par les artifices frauduleux qui en ont déterminé la conclusion, ne fait qu'indemniser la victime, de la manière la plus adéquate, du préjudice qui lui a été causé par l'autre partie. C'est moins à raison d'un vice véritable du consentement que du dommage que les manœuvres dolosives lui feraient souffrir, que la loi autorise cette annulation, en profitant de ce qu'elles ont été accomplies précisément par celui qui en recueillerait le bénéfice, et qu'il n'y a d'autre part aucun intérêt étranger en cause : la preuve en est que, quand elles émanent d'un tiers, la validité de la convention reste entière. Or cette compensation ne pouvait être accordée à l'époux trompé, dans un contrat comme le mariage. D'une part, naissent de ce contrat des rapports qui intéressent presque autant la société que ceux entre lesquels ils s'établissent; d'autre part, on ne conçoit guère que les circonstances dans lesquelles de pareils rapports se sont formés, puissent obliger l'un des époux à des réparations civiles envers l'autre. L'action en nullité pour cause de dol devenait donc aussi impossible que l'action en dommages-intérêts, dont elle tient lieu lorsqu'elle est admise. Et le dol ne pouvait exercer d'influence sur le sort du mariage que lorsqu'il en était résulté une erreur dans la personne, auquel cas d'ailleurs c'est d'elle, et non de lui, que procèderait la nullité (1).

(1) Aubry et Rau, V, § 462, p. 65, n. 1; Demolombe, III, n. 255; Valette, *Explic. somm.*, p. 106; Toullier, I, n. 517 et 523; Duranton, II, n. 60; Marcadé, I, art. 180-VI° n. 639 s.; Demante, I, n. 262 *bis*, II; Laurent, II, n. 289; Huc, II, n. 67; Planiol, I, n. 1057; Surville, I, n. 178; Beudant, I, n. 225; Glasson, n. 135. — Cpr. Trib.

1711. A plus forte raison la lésion ne devait-elle pas être prise en considération, en pareille matière. Outre qu'elle est une cause exceptionnelle de rescision des contrats, elle ne peut s'entendre, au vrai sens du mot, que d'un préjudice pécuniaire, et l'éventualité d'un pareil préjudice ne saurait influer sur les destinées d'une convention uniquement relative, en elle-même, aux personnes (1).

1712. *Premier vice : la violence.* — Il en est tout différemment de la violence : par la crainte qu'elle inspire, elle altère trop profondément la sincérité du consentement donné par celui qui la subit, pour ne pas entraîner l'annulation d'un acte auquel rien n'est plus nécessaire que la spontanéité et la liberté des volontés qui y concourent. Aussi bien est-ce cette cause de nullité que vise le premier paragraphe de l'art. 180, lorsqu'il permet d'attaquer le mariage « contracté sans le consentement libre des deux époux ou de l'un d'eux ».

1713. Ce n'est pas que la violence soit exclusive du consentement, comme il le semblerait au premier abord. Elle pourrait sans doute avoir la force de le détruire complètement, et effectivement elle irait jusqu'à l'anéantir, dans le cas où le mode suivant lequel il se manifesterait extérieurement serait lui-même l'œuvre de l'agent de la contrainte. La volonté de celui-ci se substituant alors complètement à celle de l'intéressé, ce dernier ne serait plus, entre ses mains, qu'un instrument inerte ou tout au moins impuissant, dont on emprunterait en quelque sorte l'action physique, sans rien demander à sa faculté de vouloir.

Mais ce n'est pas pour de telles hypothèses qu'a été écrite notre disposition. Car, d'un côté, les solennités de la célébration du mariage font obstacle à ce qu'un des futurs époux puisse être matériellement violenté au point qu'il paraisse consentir à une union dont il ne veut pas, et que l'officier de l'état civil soit lui-même dupe de l'apparence. On ne peut pas, en effet, contraindre par la force physique une personne à faire une déclaration verbale contraire à son sentiment, comme on

Empire All., 13 fév. 1900, S., 1903. 4. 1, et note. — *Contra*, en droit anglais, quand l'auteur du dol est le co-contractant. Cf. Perreau, *Rev. crit.*, 1903, p. 199.

(1) Demolombe, III, n. 256; Laurent, II, n. 289; Glasson, n. 139.

peut lui arracher par ce moyen, en lui tenant la main, un engagement écrit; et il semble non moins impossible de la faire, contre son gré, consentir par signes, sans que le magistrat s'aperçoive qu'on la violente. D'un autre côté, si pareil événement arrivait en dépit de son invraisemblance, le mariage serait inexistant, par application de l'art. 146, puisqu'il n'y aurait qu'un simulacre de consentement : or l'art. 180 n'organise qu'une action en nullité.

1714. C'est donc qu'il suppose que la violence a seulement vicié le consentement, sans aller jusqu'à le faire disparaître : l'époux contre lequel elle a été exercée s'est bien, de fait, résolu à donner son agrément à l'union qu'on entendait lui imposer. Placé dans l'alternative d'y consentir ou de s'exposer aux maux dont il était menacé, il a choisi le premier parti. Quoiqu'il les eût repoussés l'un et l'autre, s'il avait pu librement se prononcer, il n'en est pas moins vrai que, philosophiquement et juridiquement, son consentement existe, puisqu'il a fait acte de volonté en un sens positif (1). L'acte auquel il a donné naissance existe donc lui-même. Mais il ne saurait être plus irrévocable que la volonté qui a été contrainte, et il doit dépendre de celle-ci, en se ravisant, de le faire tomber avec toutes ses conséquences. Tel est le principe que notre disposition applique au mariage.

1715. La violence peut d'ailleurs être physique ou morale, c'est-à-dire consister, soit dans de mauvais traitements qui sont infligés à une personne, soit dans des menaces qu'on lui adresse pour lui arracher son consentement (2).

Les caractères qu'elle doit revêtir, pour être de nature à invalider la convention qui en est le produit, ont été déterminés d'une façon générale, au titre *Des contrats,* par les art. 1111 à 1114. Mais ces dispositions sont-elles applicables

(1) C'est ce qu'expriment différentes lois romaines, notamment la L. 21, 5, D., *Quod metus causa,* IV, 2, dans laquelle Paul ne repousse nullement, quoi qu'en dise M. Huc (II, n. 68), les aphorismes : « *qui mavult vult* », « *tamen coactus volui* », « *coacta voluntas voluntas est* ». — Cf. Pothier, *op. cit.*, n. 315.

(2) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 360 et 361, n. 38; *Observ. du Trib.*, p. 455, n. 15; Aubry et Rau, V, § 462, p. 65, n. 3; Laurent, II, n. 302; Planiol, I, n. 1058; Fuzier-Herman, art. 180, n. 38 s.; Pezzani, n. 63 s. — Cpr. Glasson, n. 118.

au mariage, de telle sorte que leur violation en cette matière donne ouverture à cassation? Avec la majorité de la doctrine actuelle, nous ne le pensons pas (1). Il paraît en effet résulter, et des travaux préparatoires (2), et du texte de ces articles, qu'on n'a pas voulu les étendre à un contrat aussi particulier que le mariage, et qui requiert, plus encore que tout autre, une absolue liberté chez ceux qui le font. Le juge doit donc, pour la faire plus pleinement respecter, jouir du plus large pouvoir d'appréciation, sauf à s'inspirer dans son examen des principes généraux dont s'est pénétré le législateur. Ainsi nul doute que la violence vicie le consentement, lors même qu'elle émane d'une autre personne que le futur conjoint de celui qui en est victime et qu'elle s'exerce à l'insu de celui-là, car, en l'absence de l'art. **1111**, il n'en serait pas moins certain que ce consentement n'a pas été libre. Et il est non moins incontestable que la seule crainte révérentielle envers un ascendant ne suffit pas, comme a cru devoir l'indiquer l'art. **1114**, à infirmer la volonté d'un enfant qui, moins respectueux ou plus énergique, se serait décidé pour un autre parti; car, par supposition, c'est librement qu'il s'est prononcé pour celui qu'il a adopté en définitive, et peu importent les mobiles qui ont déterminé son action (3).

1716. Dès que la contrainte a cessé, le consentement donné par la personne qui avait été violentée redevient libre, et par conséquent valable. Il suit de là que l'union contractée par un ravisseur avec la victime du rapt est absolument inattaquable, si, lors de la célébration, cette dernière avait pleinement recouvré sa liberté (4). D'une part, en effet, le rapt ne constitue plus, comme dans l'ancien droit antérieurement au

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 65, n. 4; Duranton, II, n. 41 s.; Laurent, II, n. 303; Huc, II, n. 68; Fuzier-Herman, art. 180, n. 40 s.; Vazeille, I, n. 77 s.; Glasson, n. 119. — *Contra :* Demolombe, III, n. 248; Demante, I, n. 262 *bis*, IV; Planiol, I, n. 1058; Beudant, I, n. 225. — Cpr. Toullier, I, n. 507 s.; Surville, I, n. 178. — Rouen, 25 mai 1813, sous Cass., 13 août 1816, S. chr., V. 1. 225.

(2) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 360 et 361, n. 38; Boutteville, *Disc. au C. Lég.*, p. 552 et 553, n. 7.

(3) Surville, I, n. 178.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Empêch. de mar.*, § 4, art. 7, n. 1; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 65, n. 5; Demolombe, III, n. 249; Duranton, II, n. 41 et 53; Laurent, II, n. 300; Huc, II, n. 68; Planiol, I, n. 1059; Glasson, n. 120.

concile de Trente (1), un empêchement perpétuel entre celui qui s'en est rendu coupable et sa victime. Et, d'autre part, notre loi n'exige même pas, comme le fit ce concile, que la personne ravie soit préalablement mise hors de la puissance du ravisseur, *a raptore separata et in loco tuto et libero constituta,* avant d'être admise à se marier avec lui. Les propositions qui furent faites en ce sens par certains tribunaux d'appel (2), ainsi qu'au conseil d'Etat, ne furent pas accueillies, quoiqu'elles s'autorisassent des décisions de l'ordonnance de 1639 (art. 3), plus sévère encore sur ce point que le droit canon, puisqu'elle frappait les époux, même valablement mariés, de certaines déchéances (3). Enfin la suppression, comme inutile, de la partie de l'art. 4 du projet primitif de notre titre, qui était relative à cette question, l'a laissée entièrement sous l'empire du droit commun (4).

1717. Du rapt par violence, dont il vient d'être parlé, notre jurisprudence ancienne distinguait le rapt de séduction, qui se réalise, disait Pothier (5), lorsque, « par de mauvaises voies et de mauvais artifices, on engage une jeune personne à consentir à un mariage ». Or la séduction constituait alors à la fois un empêchement dirimant et un vice du consentement, avec cette réserve néanmoins qu'elle devait être dirigée contre un mineur, c'est-à-dire contre une personne âgée de moins de 25 ans (ord. de Blois de 1579, art. 42), et contre sa famille, dont la vigilance avait été ainsi mise en défaut; et c'est pourquoi ce rapt était qualifié aussi bien de *raptus in parentes* que de *raptus in virginem*. Quant à la séduction commise à l'égard d'un majeur, elle n'était de conséquence que tout autant qu'elle avait commencé en minorité et que le mariage en avait été la suite : en dehors de ce cas, on la jugeait inoffensive à l'égard de personnes que leur âge mettait suffisamment en mesure de s'en défendre.

La séduction est-elle encore aujourd'hui une cause de nul-

(1) Cf. *supra*, Introd. hist., n. 1384.
(2) *Observ. du trib. d'app. d'Orléans*, Fenet, *Trav. prép.*, V, p. 36.
(3) Cf. Pothier, *op. cit.*, n. 227.
(4) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 312 et 313, art. 4; p. 323 s., n. 13-18.
(5) *Op. cit.*, n. 228.

lité du mariage? Dans le sens de l'affirmative, on pourrait remarquer que celui qui en est victime est tellement fasciné, subjugué, qu'il semble que sa volonté soit enchaînée et qu'il ne jouisse plus de cette liberté morale nécessaire pour donner au projet d'union une adhésion véritable. Aussi Pothier (1) a-t-il pu écrire que « la séduction n'est pas moins contraire que la violence à la liberté du consentement ». Cette considération, qui parut décisive à Marcadé, ne repose pourtant, au fond, que sur une analogie purement apparente : car, loin d'être contrainte comme elle l'est dans le cas de violence, et engagée dans une voie d'où elle ne manquerait pas de se détourner si on l'abandonnait à ses seules inspirations, la volonté de la personne séduite est bien plutôt surexcitée et entraînée vers un but, auquel la poussait déjà son penchant naturel. Quoique influencée, il n'en est pas moins vrai que cette volonté se manifeste librement, et la fougue même avec laquelle elle s'affirme n'est qu'une preuve de plus de son indépendance. En définitive, la séduction aurait beaucoup plus d'affinité avec le dol qu'avec la violence, car elle est le plus souvent le résultat d'artifices coupables : or le dol n'influe pas sur la validité du mariage. Sans doute, les termes des art. 180 et 181, qui parlent du défaut de liberté du consentement, et non de violence, seraient susceptibles, largement interprétés, de comprendre la séduction elle-même. Mais les travaux préparatoires (2) montrent nettement que, s'ils ont été substitués à ceux du projet primitif, qui parlaient de « consentement forcé », ce qui n'aurait laissé place à aucune équivoque, l'unique objet de ce changement a été de marquer que ces dispositions s'appliquaient aussi bien à la violence morale qu'à la violence physique. Au surplus, suivant la juste observation de Portalis, la loi a entouré d'assez de garanties le mariage des mineurs, les plus exposés à la séduction, pour qu'elle ait pu se refuser à l'annuler sur ce seul fondement; et c'est à bon droit qu'elle a pu, d'autre part, s'en remettre aux majeurs du soin de se prémunir par

(1) *Op. cit.*, n. 320.

(2) *Disc. au C. d'Etat*, Locré, *Lég.*, IV, p. 312 et 313, art. 4; p. 323 et 324, n. 13 et 14; p. 327, n. 18; p. 426, art. 2.

eux-mêmes de ses atteintes. Il y aurait eu trop de dangers et d'incertitudes à rechercher jusqu'à quel point la volonté de chaque époux a été réellement spontanée et réfléchie (1).

1718. *Deuxième vice : l'erreur dans la personne.* — L'erreur de cette nature est le second et dernier des vices du consentement, en matière de mariage. Consistant dans la fausse notion que l'on a relativement à une personne ou à une chose, l'erreur n'entraîne, en règle générale, la nullité d'une convention que « lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet », ou « sur la personne avec laquelle on a intention de contracter », lors du moins que la considération de cette personne a été la cause principale de la convention. Mais cette règle, écrite dans l'art. 1110, est inapplicable au mariage : il ne peut être attaqué de ce chef, d'après l'art. 180, que lorsqu'il y a erreur « dans la personne » (2). Toute la difficulté, et il n'y en a pas qui ait plus tourmenté les interprètes et donné lieu à plus de dissentiments, consiste à savoir ce qu'il faut exactement entendre par là. L'erreur peut porter, en effet, sur l'identité physique ou sur l'identité civile de l'un des futurs époux, sur ses qualités physiques, civiles, morales ou intellectuelles, sur sa profession ou sur sa fortune : serait-il permis de dire, dans tous ces cas, qu'elle s'est produite « dans la personne »?

1719. Il peut d'abord y avoir erreur dans la « personne physique », c'est-à-dire relativement à l'identité physique de l'un des époux ou à l' « individu ». Une substitution de personnes, opérée au moment de la célébration du mariage, fait que l'un des conjoints en épouse une autre que celle à laquelle il voulait se marier. C'est ainsi que, au témoignage de la

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Emp. de mar.*, § 4, art. 7, n. 2 et 3; Aubry et Rau, V, § 462, p. 65, n. 2; Demolombe, III, n. 250; Toullier, I, n. 511; Duranton, II, n. 54; Laurent, II, n. 301 et 302; Huc, II, n. 68; Beudant, I, n. 225; Glasson, n. 136; Fuzier-Herman, art. 180, n. 37. — *Contra* : Marcadé, I, art. 180-I et II, n. 627 et 628. — Cpr. Planiol, I, n. 1060.

(2) Planiol, I, n. 1061. — Cf. pourtant Perreau, *Rev. crit.*, 1903, p. 200, qui admet, comme entraînant l'inexistence du mariage, une erreur sur la nature du contrat, provenant de ce que l'une des parties a cru contracter de simples fiançailles. En pareil cas, la jurisprudence anglaise se décide dans le sens de l'invalidité du mariage. Haute-Cour de justice d'Angleterre, 23 janv. et 18 déc. 1899, *J. Clunet*, 1899, p. 1032, et 1902, p. 379.

Bible, Jacob se trouva s'être uni à sa cousine Lia, alors qu'il entendait prendre Rachel pour femme (1).

1720. Que dans cette hypothèse, dont la pratique n'offre d'ailleurs aucun exemple, tant est difficile la réalisation des circonstances dont elle suppose le concours, le mariage puisse être attaqué, c'est ce qui n'est pas contestable. Mais rentre-t-elle dans les prévisions de l'art. 180, et l'union n'est-elle qu'annulable, ou bien, au contraire, cette hypothèse est-elle régie par l'art. 146, et l'union inexistante pour défaut de consentement? Le désaccord éclate déjà entre les auteurs, sur ce premier point. Beaucoup, dont l'autorité est considérable, se prononcent en faveur de l'inexistence du mariage (2).

Tel était d'abord, observent-ils, le sentiment du premier consul, lorsqu'il disait : « il n'y a pas de mariage lorsqu'un autre individu est substitué à celui que l'on a consenti d'épouser. Au contraire, il y a mariage, mais mariage susceptible d'être cassé, lorsque l'individu étant d'ailleurs physiquement celui sur lequel le consentement a porté, n'appartient cependant pas à la famille dont il a pris le nom. » Et en effet, lorsqu'il y a substitution de personnes, l'accord de volontés indispensable pour la formation du contrat ne se produit pas. Il en est au moins une qui n'entend adhérer qu'à une union avec un individu déterminé, qui précisément n'est pas là pour consentir de son côté, de telle sorte que l'une des parties au moins, en dépit des apparences, ne consent pas elle-même. De celle-là le consentement n'est point seulement vicié : il n'existe pas, et le mariage, qui ne saurait subsister sans lui, pas davantage. Cette solution, à laquelle conduisent tout naturellement les principes, tout démontre, ajoute-t-on, qu'elle a été consacrée par le code civil. C'est ainsi, en premier lieu, qu'on a refusé de substituer au mot « personne », comme le voulait le tribunal de cassation, le terme « individu », qui aurait donné à entendre qu'il y avait simple nullité pour cause d'erreur sur l'identité physique. C'est ainsi encore qu'on

(1) Genèse, XXIX, 22 s.

(2) Demolombe, III, n. 246; Marcadé, I, art. 180-III et IV, n. 629 s.; Huc, II, n. 70 et 71; Surville, I, n. 178; Glasson, n. 122, 141 et 142. — Cpr. Demante, I, n. 262 *bis*, I et III; Beudant, I, n. 224.

a préféré l'expression d'erreur « dans » la personne, c'est-à-dire sur ses qualités, à celle d'erreur « sur » la personne, qu'on aurait comprise dans le sens d'erreur sur l'individualité physique. Et enfin, si l'époux qui s'est trompé a, pour intenter son action, six mois à partir du jour où il a reconnu son erreur, et non point du jour de la célébration du mariage, n'est-ce pas parce qu'il est possible qu'il ne la découvre que par la suite, supposition évidemment inadmissible au cas d'une substitution susceptible d'une constatation immédiate?

1721. Si forte qu'elle soit sur le terrain des principes théoriques, cette argumentation ne nous convainc pourtant pas. L'erreur sur la personne a-t-elle été effectivement considérée, dans notre droit positif, comme exclusive du consentement? Toute la question est là. Et elle doit être, à notre sens, résolue par la négative (1). Le code semble bien avoir admis que le consentement des parties existe, dans un contrat, toutes les fois que les deux contractants sont d'accord sur la nature de ce contrat et sur l'objet des obligations, quelle que soit l'erreur dans laquelle l'un d'eux ait pu tomber relativement à la personne de l'autre. Cette erreur, loin d'être considérée comme exclusive de la volonté de celui qui l'a commise, ne constitue, au regard de notre loi, qu'un vice du consentement, seulement susceptible d'entraîner la nullité de la convention, si du moins elle a été faite *intuitu personæ*. Telle est la règle qui se dégage nettement de l'art. **1110** (2), qu'on la juge ou non conforme aux principes théoriques qui gouvernent les causes d'invalidité des actes juridiques. Il est communément admis, par exemple, qu'une société dont l'un des membres a cru faussement s'associer avec une personne toute différente de celle avec laquelle il a effectivement traité, n'est que nulle, et non pas inexistante. Et il en est de même de la convention par laquelle l'une des parties a chargé de l'exécution d'un ouvrage artistique une personne autre que celle qu'elle avait en vue, et qui seule possédait réellement sa confiance. Or il est évident qu'en pareil cas il serait permis, tout comme au cas

(1) Aubry et Rau, V, § 451 *bis*, p. 12, n. 5, et § 462, p. 66; Laurent, II, n. 291.
(2) Cf. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité des oblig.*, 3e édit., 1906, I, n. 62 s.

d'erreur de l'un des époux sur l'identité physique de son conjoint, de soutenir que la partie qui s'est méprise n'a véritablement pas donné son consentement à la convention, et que cette dernière est dès lors inexistante. Pour être moins funeste dans ses conséquences, son erreur n'en est pas moins exactement de même nature que celle de l'époux. Toutes ces conventions sont faites pareillement *intuitu personæ :* l'erreur relative à la personne doit donc avoir les mêmes effets juridiques.

Comment expliquera-t-on alors que le mariage, association d'une certaine nature, doive être inexistant, alors que toute autre société n'est que nulle, et sur quel fondement asseoir cette distinction, que le système de la loi repousse ? Dira-t-on, et cette objection aurait pu être faite par M. Demolombe (1), s'il s'était étroitement attaché à son affirmation, que l'erreur sur l'identité physique de l'un des conjoints « porte sur l'individu, c'est-à-dire sur l'objet même du contrat, *in ipso corpore* », et que dès lors elle entraîne l'inexistence du mariage ? Mais, sans même rechercher si la personne des époux est bien l'objet de la convention, il suffira de demander pourquoi l'erreur qui y est relative aurait des caractères qu'elle ne revêt pas, de l'aveu même de cet auteur, lorsqu'elle porte sur l'individualité de l'un des associés. Il nous paraît donc prouvé que l'opinion adverse introduit dans la théorie du code, en ce qui concerne les conséquences de l'erreur, une distinction qu'elle ne comporte pas, et qui serait du reste contraire à la logique. Peu importe la valeur de cette théorie ; il semble suffisant, pour les besoins de la discussion, d'en avoir établi l'existence. C'est pour n'avoir pas imité cette réserve que certains partisans de notre doctrine, comme Laurent, se sont livrés à des considérations rationnelles qu'on n'a pas eu de peine à réfuter (2).

De quel poids sont ensuite, comparés à cet argument essentiel qui plonge au fond du débat, ceux que l'opinion opposée emprunte aux travaux préparatoires ou aux textes ? Les paroles

(1) III, n. 253 *ter*, p. 417, et n. 246.
(2) Cf. Huc, II, n. 71.

du premier consul peuvent servir à montrer que la distinction des actes inexistants et des actes nuls avait profondément pénétré dans son esprit : elles ne sauraient prouver qu'il ait toujours fait de cette distinction une application conforme à son principe et conforme surtout à notre droit positif, car tout le monde s'accorde à relever les nombreuses méprises qu'au cours de la discussion il a commises à cet égard. Du reste, comme on le confesse encore (1), ses observations n'empêchèrent pas beaucoup d'orateurs de confondre l'erreur sur l'identité physique avec les autres : est-ce donc qu'ils se trompèrent ? M. Huc n'hésite pas à l'affirmer en ce qui concerne Portalis, qui écrivait dans l'exposé des motifs de l'art. 180 (2) : « l'erreur, en matière de mariage, ne s'entend pas d'une simple erreur sur les qualités, la fortune ou la condition de la personne à laquelle on s'unit, mais d'une erreur qui aurait pour objet la personne même. » Mais il faudrait autre chose qu'une affirmation pour ruiner le crédit d'une autorité aussi considérable.

Or on ne peut, d'abord, rien induire en ce sens du fait que la substitution des expressions « erreur sur l'individu » aux mots « erreur dans la personne », proposée par le tribunal suprême, fut repoussée : car elle aurait eu ce résultat, trop restrictif, de limiter au cas d'erreur sur la personne physique la possibilité de faire annuler le mariage. On n'est pas davantage sérieusement autorisé à voir dans l'emploi de la préposition « dans », au lieu de la préposition « sur », tout ce que la doctrine adverse y découvre. Et enfin, si le délai accordé au conjoint qui s'est trompé ne court pas nécessairement du jour de la célébration du mariage, mais seulement de celui où il a reconnu son erreur, c'est tout simplement parce que l'art. 180 ne vise pas uniquement notre hypothèse. Sa disposition, relativement au point de départ de la durée de l'action, devait répondre aux nécessités de toutes celles qu'il prévoit. Et elle n'empêche pas le délai de courir aussitôt après que l'union a été célébrée, si, comme il arriverait presque tou-

(1) Huc, n. 70.
(2) Locré, *Lég.*, IV, p. 510, n. 43.

jours en cas d'erreur sur l'identité physique, celle-ci est immédiatement découverte.

1722. Au surplus, pressée par un esprit logique, la doctrine que nous venons de combattre aboutit à des conclusions qui la rendent, selon nous, de plus en plus inadmissible. Il s'est trouvé des auteurs qui, assimilant à l'erreur sur la personne physique l'erreur sur l'identité civile, ont décidé que cette dernière ne rentrait pas non plus dans les termes de l'art. 180, et qu'elle devait entraîner, au même titre que l'autre, l'inexistence du mariage. « L'interrogation et la réponse, a dit M. Labbé (1), ont porté, non pas sur l'individu physique alors présent, quels que fussent son nom et son état dans la société, mais sur une personne ayant un nom, un état, des relations précises; le lien du mariage unit, non pas des individus, qui se rencontrent par hasard ou par fraude, mais des personnes, qui ont des précédents, une condition, une existence juridique. » Et en effet, dans l'une comme dans l'autre hypothèse, l'un des conjoints a épousé une personne autre que celle à laquelle il voulait s'unir : cette circonstance que, dans un cas, il connaissait physiquement la personne à laquelle il entendait se marier, tandis que, dans l'autre, il ne la connaissait pas ou ne la connaissait que par son état civil, paraît assez indifférente en soi, au point de vue de la question de savoir si son consentement existe ou n'existe pas. Or ce consentement existe-t-il, lorsque ce conjoint a épousé Primus, au lieu de Secundus qu'il avait en vue? L'assimilation des deux situations doit être réputée exacte, si on est obligé de répondre à cette question par la négative.

1723. Or vainement, pour la repousser, affirme-t-on qu'« il existe un consentement tel quel, dans le cas où l'erreur existe seulement dans la personne civile, et que même il se pourra qu'on reconnaisse, en fait, que cette erreur n'a pas altéré d'une manière essentielle le consentement qui a été donné ». Car, si précisément on reconnaît le contraire, osera-t-on dire que l'époux qui s'est totalement mépris sur l'individualité civile de son conjoint, a néanmoins consenti à l'épouser?

(1) *Journ. du Palais*, 1860, p. 241, note.

Cette prétention paraît impertinente, si on se rappelle que, s'il a répondu oui à l'interrogation de l'officier de l'état civil, c'est parce qu'elle lui était posée en ces termes : « consentez-vous à prendre Secundus, ici présent, comme époux? » Or, par hypothèse, c'est Primus qui se trouvait là! Qu'importe que l'époux prête à Secundus la forme extérieure de celui-ci, et qu'il ne se méprenne pas sur l'individu de chair et d'os qui est à ses côtés? Il n'en reste pas moins que sa volonté n'a pas concouru avec celle de Primus, seul présent, et qu'elle n'a pu se rencontrer avec celle de Secundus, auquel elle voulait s'unir.

Ajoutera-t-on, comme le fait M. Demolombe, qu' « il est possible que l'erreur dans la personne civile n'ait pas été la cause déterminante du consentement de l'autre époux, consentement que celui-ci eût peut-être néanmoins donné, en considération des qualités physiques ou morales de son conjoint, quand même il aurait connu sa véritable individualité civile »? Mais ne pourrait-on pas dire pareillement, de l'erreur sur la personne physique, qu'elle n'aurait pas non plus la force de détruire le consentement de celui qui y est tombé, dans le cas où il aurait persisté dans sa résolution, lors même qu'il aurait connu la véritable identité physique de son conjoint, en considération des qualités de tout ordre dont il était pourvu? Cette objection se retourne donc contre ceux qui la font.

Les efforts tentés par M. Huc (1), pour combattre cette assimilation, ne nous semblent pas plus heureux. A son sens, il n'y a dans un même individu qu' « une seule identité, celle que révèle la personne physique ». Or, si toute erreur sur cette dernière implique forcément une erreur sur l'état civil de l'époux, puisqu'il ne peut évidemment avoir le même que celui du tiers avec lequel on l'a confondu, « la réciproque n'est pas vraie; l'erreur sur l'état civil d'un individu n'implique pas une erreur sur l'individu lui-même; l'erreur a porté sur un attribut de la personne, mais non sur l'identité de la personne ». C'est cette dernière proposition qui nous

(1) II, n. 72 et 73.

paraît souverainement contestable. Elle revient à dire qu'une personne est identifiée, en droit, par sa forme extérieure, par son visage; et cette seule remarque suffit à montrer ce qu'elle vaut, car la question de visage est de nul intérêt lorsqu'on cherche à déterminer l'individualité juridique d'une personne. Lorsque je prête à celle-ci l'état civil d'une autre, qui dirait que je ne me méprends, en droit, que sur un de ses attributs? Mais non, je me trompe sur sa personnalité tout entière, et il n'est pas possible que je commette à son endroit une erreur plus profonde. En réalité, ma pensée se portait vers une individualité toute différente de la sienne, quoique mes yeux fussent fixés sur le corps qui, dans ma croyance, la représentait. Et partant il doit y avoir absence de consentement en ce cas, comme dans celui où l'erreur est relative à l'identité physique, s'il est vrai, contrairement à notre avis, que le code ne se soit pas sur ce point écarté des principes philosophiques.

Mais alors, si l'assimilation des deux sortes d'erreurs est fondée, l'art. 180 ne peut plus prévoir qu'une erreur portant sur les qualités ou les attributs des individus ! Telle est bien la conclusion dernière à laquelle nous semble devoir aboutir, en dépit des dénégations de certains de ses partisans, l'opinion qui vient d'être discutée. Mais, ainsi que nous l'avons annoncé, elle la rend, à notre sens, encore moins acceptable, ainsi qu'on s'en rendra mieux compte après l'exposé de la controverse relative à cette dernière sorte d'erreur.

1724. Aux considérations juridiques qu'on vient de faire valoir, on en peut joindre d'autres d'un ordre différent. Elles nous paraissent, toutefois, moins probantes que les précédentes, et nous ne les invoquons qu'à titre d'appoint. Il n'est pas défendu, en effet, de trouver que les rédacteurs du code civil ont été heureusement inspirés en n'admettant pas, contrairement à ce qu'auraient exigé les purs principes, qu'à toute époque, et peut-être après plusieurs années de cohabitation des époux, tout intéressé, voire même celui des conjoints qui aurait trompé l'autre, pût faire proclamer l'inexistence du mariage, sur le fondement d'une erreur. Peut-être même, dans l'intérêt de la stabilité de l'état des personnes et de la bonne foi, auraient-ils dû n'organiser que sous la forme

d'une action en nullité prescriptible les attaques qui sont dirigées contre un contrat d'une pareille importance sociale. Vainement a-t-on opposé (1) que, si l'attaque ne se produisait qu'après une longue cohabitation, celle-ci devrait être considérée, non sans doute, comme une confirmation, mais comme une reconnaissance de l'existence du mariage : car ce n'est que par un abus de son pouvoir d'appréciation que le juge constaterait cette existence, dans le cas où l'erreur serait nettement établie, et au fond il admettrait ainsi la possibilité d'une ratification, alors qu'elle est inadmissible. Non moins faussement a-t-on prétendu que l'inexistence de l'union ne pourrait pas être proclamée à la requête d'un tiers, et à l'encontre de l'époux qui s'est trompé, parce qu'il dépendrait de celui-ci de maintenir le mariage, en démontrant, par toute son attitude au procès, qu'il n'y a pas eu erreur de sa part. Car de quel poids seraient ses affirmations, si, comme il faut le supposer, elles étaient péremptoirement contredites par toutes les autres circonstances de la cause?

Il nous paraît donc acquis que le législateur de 1804 n'a entendu ouvrir qu'une action en nullité à l'époux qui s'est mépris sur la personne physique de son conjoint. Et il n'est pas inutile de noter qu'il n'a fait que reproduire, en ce point, la doctrine de Pothier (2), qui, tout en remarquant lui-même que l'erreur était destructive du consentement, n'en admettait pas moins que le mariage était simplement nul et qu'il pouvait être réhabilité, sans nouvelle bénédiction nuptiale, par un consentement donné après coup.

1725. L'erreur peut porter, en second, lieu sur la personne civile de l'un des époux, sur son individualité, son identité ou sa personnalité civile. La pratique judiciaire en offre un saisissant exemple (3). Un prisonnier espagnol, interné à Bourges, se fabrique de toutes pièces un faux état civil, le fait certifier conforme par un acte de notoriété, auquel inter-

(1) Demolombe, III, n. 246 ; Huc, II, n. 71.

(2) *Op. cit.*, n. 308 et 309.

(3) Bourges, 6 août 1827, S., 29. 2. 40, D., 29. 2. 72. — Cpr Paris, 12 mars 1903, S., 1904. 2. 47, D., 1903. 2. 191, *J. Clunet*, 1903, p. 841. — Trib. Pont-l'Evêque, 22 mai 1906, D., 1907. 5. 5.

viennent six de ses compatriotes, et trouve ainsi le moyen d'abuser de la crédulité d'une jeune fille, qui, en considération de la famille à laquelle il prétend appartenir, consent à l'épouser et s'aperçoit trop tard, après la célébration du mariage, qu'elle est la victime d'un aventurier. On peut imaginer encore, comme le fait la doctrine depuis Proudhon et Toullier, que, deux amis, qui étaient éloignés depuis longtemps l'un de l'autre, s'étant promis d'unir leurs enfants, un homme audacieux, muni de faux papiers, vienne réclamer l'exécution de cette promesse, et obtienne ainsi frauduleusement la main de la jeune fille engagée à celui dont il prend le nom et pour lequel il ose se faire passer.

Abstraction faite de la théorie d'après laquelle l'erreur sur la personne civile ou sociale entraîne elle-même l'inexistence du mariage, et que nous avons déjà repoussée, on reconnaît communément que cette sorte d'erreur l'expose à la nullité (1). L'interprétation des premiers commentateurs, qui restreignaient l'application de l'art. 180 au cas de substitution de personnes physiques, a perdu et devait perdre tout crédit. Il n'est guère supposable, d'abord, que les rédacteurs du code civil aient entendu limiter cette application à une hypothèse aussi chimérique et dont la vie réelle n'avait même pas, dans l'ancien droit, fourni une seule fois la réalisation. Tout au contraire, la plupart d'entre eux considérèrent formellement l'erreur sur l'identité civile comme rentrant dans les termes de notre disposition (2) : il en fut ainsi notamment de Cambacérès, et Maleville fit même observer que la règle avait

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Empêch. de mar.*, § 5, art. 1. n. 4, et *Quest.*, v° *Mariage*, § 9; Aubry et Rau, V, § 462, p. 66, n. 7; Demolombe, III, n. 251 et 253 *ter*; Demante, I, n. 262 *bis*, III; Toullier, I, n. 521 et 522; Duranton, II, n. 64; Proudhon, I, p. 393; Delvincourt, I, p. 77, note 3; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 319; Taulier, I, p. 247 s.; Surville, I, n. 178; Beudant, I, n. 225; Vazeille, I, n. 69; Glasson, n. 123 et 124; Allemand, I, n. 163 s.; Fuzier-Herman, art. 180, n. 46 s. — Riom, 30 juin 1828, S., 28. 2. 226, D., 28. 2. 219. — Paris, 12 mars 1903, S., 1904. 2. 47, D., 1903. 2. 191, *J. Clunet*, 1903, p. 841. — Trib. Pont-l'Evêque, 22 mai 1906, D., 1907. 5. 5. — Cpr. Planiol, I, n. 1062-2°. — *Contra* : Zachariæ, éd. Massé et Vergé, I, § 127, p. 205, n. 4. — Cpr. Maleville, I, p. 195 s.; Laurent, II, n. 293 et 294.

(2) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 324 s., n. 15-18; p. 362 s., n. 41 et 42; p. 426, art. 2; p. 437 s., n. 10-13.

surtout pour objet la personne sociale. Il n'est pas jusqu'aux paroles de Portalis (1), qui, si du moins on veut les interpréter sans étroitesse d'esprit, ne puissent être entendues de cette sorte d'erreur, quoiqu'on s'en soit prévalu en sens opposé, et en tout cas elles ne l'excluent nullement. En repoussant enfin la proposition du tribunal de cassation, qui voulait qu'on parlât d'erreur « sur l'individu » et non « dans la personne », le législateur paraît une fois de plus avoir condamné l'opinion restrictive qu'on lui avait d'abord prêtée.

Elle était, d'ailleurs, encore plus contraire aux principes qu'aux travaux préparatoires. C'est donner au mot personne son acception vulgaire, et non pas son sens juridique, que le prendre comme synonyme d'être physique, d'individu de chair et d'os. En droit, la personne se détermine par l'ensemble de ses qualités sociales et civiles, des aptitudes qu'elle possède, des rapports qu'elle entretient avec certains groupes, et c'est cet ensemble qui l'individualise et la distingue de toutes les autres. C'est par lui, non par le corps qui extérieurement l'incarne, qu'elle est juridiquement représentée, et qu'elle est comptée comme une unité dans la sphère des intérêts civils. Et dès lors comment l'erreur relative à cette personne resterait-elle sans influence sur le sort d'un contrat comme le mariage? Serait-ce peut-être parce que, nulle part ailleurs, tout ce qui constitue la personne, le nom, la famille, la nationalité, n'est d'aussi haute considération? Si l'un des époux a faussement revêtu son conjoint d'une personnalité civile qui lui était étrangère, il n'est que juste et moral qu'il puisse faire annuler une union à laquelle il n'attachait peut-être de prix qu'en contemplation de celle-ci. Lui refuser cette faculté serait n'envisager le mariage que comme une union des corps, et paraître juger secondaires toutes les raisons qui doivent le plus contribuer à sa formation. L'accorder, c'est se conformer au principe de l'art. 1110, quant aux conventions qui se nouent *intuitu personæ*. Une société serait certainement annulable, si l'un de ses membres, sans s'être mépris sur

(1) *Exp. des motifs*, Locré, *Lég.*, IV, p. 510, n. 43.

l'identité physique de son associé, Primus, avait cru avoir affaire avec une personne toute différente, Secundus, qu'il ne connaissait que par son nom, lequel lui tenait lieu de toutes les garanties : avec Primus, en effet, la fortune de cette société pourrait n'être plus du tout la même. Or serait-il admissible que cette association intime qui doit faire de deux êtres une même chair, fût plus durement traitée qu'une société dont le but est purement pécuniaire, quant aux conséquences de l'erreur relative à la personnalité de ceux qui doivent la constituer?

1726. Seulement cette erreur n'est effectivement de nature à vicier le consentement de celui qui l'a commise, qu'autant que la considération de la personne civile de son conjoint a été la cause principale qui l'a déterminé à l'épouser [1]. Cette restriction paraît conforme au droit commun (art. 1110); mais comment doit-on la justifier? Si « l'erreur sur la personne physique, disent MM. Aubry et Rau, entraîne toujours et par elle-même la nullité du mariage, parce qu'elle est exclusive de tout consentement, il en est autrement de l'erreur sur la personne civile de l'un des époux, parce qu'il est possible que cette erreur n'ait point été la cause déterminante du consentement de l'autre époux, consentement que celui-ci eût peut-être été amené à donner en considération des qualités physiques ou morales de son conjoint, quand même il aurait connu sa véritable individualité civile ». Ainsi présentée, cette explication ne fait peut-être pas suffisamment ressortir la différence qui sépare les deux hypothèses. Elle ne montre pas pourquoi il est défendu de supposer, en cas d'erreur sur l'identité physique, que l'époux qui s'est trompé aurait pu néanmoins consentir au mariage, en considération des qualités de toute nature dont était orné celui qu'il a de fait épousé. Or, si cette supposition est permise en cas d'erreur sur l'identité civile, c'est parce que la fausse croyance de l'époux n'a porté que sur l'un des éléments qui ont pu fixer son choix : s'il ignorait la véritable personnalité de son con-

[1] Merlin, *loc. cit.*; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 67, n. 8; Demolombe, III, n. 251 et 253 *ter*; Toullier, I, n. 521 et 522; Glasson, n. 125. — Cpr. Trib. Pont-l'Évêque, 22 mai 1906, D., 1907. 5. 5.

joint, du moins connaissait-il sa personne physique, voire même ses qualités de cœur et d'esprit. Peut-être donc, placé en présence de la réalité, aurait-il persisté dans sa résolution, en mettant, dans les motifs qui le décident, ces qualités morales ou extérieures au-dessus des qualités diverses qui composent la personne civile. Pour qu'il puisse dès lors se prévaloir de son ignorance, il faut qu'il démontre que cette conjecture est, quant à lui, contraire à la vérité, et que la révélation de son erreur lui aurait fait abandonner son projet. Il n'a pas, au contraire, à rapporter cette preuve, lorsque son erreur, ayant porté sur l'identité physique, a porté du même coup sur tous les éléments de la personne, naturels et juridiques, qui ont pu influer sur sa détermination : la substitution radicale qui s'est opérée fait perdre à celle-ci toutes les causes qu'elle était susceptible d'avoir, et justifie à elle seule la demande en annulation.

1727. Mais point n'est besoin, pour que la demande soit fondée, que l'erreur ait été provoquée par l'époux sur la personne civile de laquelle elle tombe, ou tout au moins que celui-ci ait été de mauvaise foi lors de la célébration du mariage (1). Car ce n'est ni pour cause de dol, ni à titre de peine contre l'époux de mauvaise foi, mais uniquement à raison de l'erreur de son conjoint, qu'est prononcée la nullité. Il est vrai que le premier consul (2) émit sur ce point, dans la discussion, des idées opposées, mais elles ne trouvèrent pas d'écho dans le conseil d'Etat.

1728. A l'erreur sur la personne physique ou civile, faut-il joindre, comme cause de nullité du mariage, celle qui ne porte que sur les qualités de l'un des époux? Si graves que soient les dissentiments qui éclatent à cet égard dans la doctrine, il est des points qu'elle a mis au dessus de toute controverse. La richesse pourrait être, à l'extrême rigueur, considérée comme une qualité des individus : et cependant nul n'a jamais soutenu qu'un époux fût admis à se prévaloir de l'erreur dans

(1) Aubry et Rau, V, § 462, p. 69, n. 14; Demolombe, III, n. 252; Valette sur Proudhon, I, p. 395, note *a;* Beudant, I, n. 225; Glasson, n. 126. — *Contra* : Allemand, I, n. 163.

(2) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 439, n. 12.

laquelle il a été induit au sujet de la fortune de son conjoint, pour faire annuler son union. La moralité est plus sûrement encore une qualité des personnes : et pourtant nul ne prétend qu'un époux puisse faire rompre les liens dans lesquels il est engagé avec un conjoint qu'il supposait honnête, et qui de fait réunit tous les vices. Quoique la santé, enfin, soit un des biens les plus précieux, celle d'un des époux peut être extrêmement précaire, sans que l'autre soit généralement considéré comme admis à se dégager d'une union qu'il croyait mieux assortie sous ce rapport.

Mais, qu'il s'agisse d'une infirmité qui fasse de la vie commune un vrai supplice ou qui interdise tout espoir d'avoir une postérité, que l'infamie d'un des époux ait été publiée par une condamnation judiciaire à une des peines les plus graves, qu'il ne possède pas l'une des qualités civiles dont on le croyait doté et en l'absence de laquelle, soit par le plus injuste des préjugés, soit par une croyance des plus respectables, l'autre n'aurait pu se résoudre au mariage, par exemple que son conjoint soit enfant naturel ou engagé par des vœux religieux à la chasteté, un grand nombre de jurisconsultes n'hésitent plus alors à venir au secours de celui qui s'est trompé. Et, si leur générosité à cet égard a des degrés, si l'infortune de la victime les touche dans un plus ou moins grand nombre de cas et leur fait mettre à l'exercice de l'action en nullité des conditions plus ou moins rigoureuses, du moins s'accordent-ils à l'admettre en principe, pour cause d'erreur sur de simples qualités.

1729. Nous ne saurions nous ranger à leur opinion. Dans notre ancien droit, auquel il convient de se reporter tout d'abord, en présence du laconisme de l'art. 180, 2e al., cette question, tant agitée aujourd'hui, n'en était pas une. Pothier (1) est on ne peut plus net et formel : « Lorsque l'erreur ne tombe que sur quelque qualité de la personne, cette erreur ne détruit pas le consentement nécessaire pour le mariage, et n'empêche pas par conséquent le mariage d'être valable. — Par exemple, si j'ai épousé Marie, la croyant noble, quoi-

(1) *Op. cit.*, n. 310 s.

qu'elle soit de la plus basse roture ; ou la croyant vertueuse, quoiqu'elle se fût prostituée ; ou la croyant de bonne renommée, quoiqu'elle ait été flétrie par la justice ; dans tous ces cas le mariage que j'ai contracté avec elle ne laisse pas d'être valable, nonobstant l'erreur dans laquelle j'ai été à son sujet... Car il n'est pas nécessaire que j'eusse voulu l'épouser, si j'avais eu connaissance de ce que j'ai depuis découvert ; il suffit que j'aie effectivement voulu l'épouser. » Et le jurisconsulte met en relief la raison de la différence qui existe, quant à leurs effets, entre l'erreur sur la qualité de la personne et celle qui tombe sur la personne même. « Celle-ci est incompatible avec ce qui est de l'essence du mariage : car il est de l'essence du mariage qu'il y ait un homme et une femme qui veuillent l'un et l'autre s'épouser, ce qui ne se trouve pas, lorsque la femme que je parais épouser n'est pas celle que je veux épouser. Mais il n'est pas de même de l'essence du mariage, que la femme que j'épouse ait les qualités que je crois qu'elle a ; il suffit que ce soit celle que j'ai voulu épouser. » A ce principe, comme il le qualifie lui-même, Pothier ne reconnaît qu'une seule exception : le mariage contracté avec un esclave qu'on croit libre serait nul, par application du droit canonique. Mais il maintient la validité de celui qui intervient, soit avec un serf, dont on ignore le véritable état, soit avec un individu mort civilement, comme banni ou condamné aux galères à perpétuité (1), quelque ressemblance qu'ait cette dernière erreur « avec l'erreur sur la condition de servitude ». Enfin, si quelques jurisconsultes rangeaient le « mal caduc » ou épilepsie parmi les causes de nullité, prétendant y trouver une « erreur relativement à la personne épousée » (2), d'autres, avec plus de raison, n'y voyaient qu'une erreur sur la qualité de la personne.

1730. Cette ancienne jurisprudence, si remarquable puisqu'elle ne tenait même pas compte, au point de vue qui nous occupe, des distinctions de rang sur lesquelles reposait toute l'organisation sociale du temps, a-t-elle été modifiée par le

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 312 et 313.
(2) Denisart, v° *Mariage*, n. 112.

code civil? C'est ce qui ne ressort nullement des travaux préparatoires, bien au contraire. Déjà, on l'a vu, Portalis, dans son exposé des motifs (1), déclare péremptoirement que « l'erreur en matière de mariage ne s'entend pas d'une simple erreur sur les qualités, la fortune ou la condition de la personne à laquelle on s'unit, mais d'une erreur qui aurait pour objet la personne même ». Réal (2), à son tour, explique la disposition de l'article par la règle, alors en vigueur, d'après laquelle « l'erreur ne vicie le mariage que lorsqu'elle porte sur l'individu, et non quand elle ne tombe que sur le nom ou sur les qualités ». A la vérité, le premier consul (3) commence par faire valoir, à l'encontre de cette règle, que le « nom, les qualités, la fortune, entrent dans les motifs qui déterminent le choix d'un époux ou d'une épouse. L'erreur sur ces circonstances détruit donc le consentement, quoiqu'il n'y ait pas d'erreur sur l'individu ». Mais lui-même se ravise par la suite, et, soutenant une thèse qui, pour être à l'opposé, n'en était pas moins exclusive que la précédente, il s'écrie (4) : « Le nom et les qualités civiles ne font pas la personne... C'est par le caractère, c'est par la figure que les époux se conviennent, s'attachent, se choisissent... Que sont, auprès des qualités naturelles, les qualités purement civiles? Elles devaient sans doute être d'un grand poids, lorsqu'il existait des distinctions de caste... ; mais aujourd'hui que l'on ne considère plus l'homme qu'en soi et tel qu'il est dans la nature, il serait barbare de détruire, après six mois, un mariage où chacun des époux a connu parfaitement l'individu auquel il a voulu s'unir. »

En définitive, après des remaniements successifs, la disposition telle qu'elle fut votée reproduisit à peu près les termes employés par le droit ancien, en ne visant que l'erreur « dans la personne ». Il est vrai qu'on disait antérieurement « erreur sur la personne », et que le projet primitif se conformait à l'usage. Mais la substitution d'une préposition à une autre

(1) Locré, *Lég.*, IV, p. 510, n. 43.
(2) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 326, n. 17.
(3) Locré, *loc. cit.*
(4) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 439, n. 12.

fut opérée sans éveiller aucune observation, ce qui prouve qu'on y attacha peu d'importance. A ce changement dans la forme répondit si peu un changement législatif, que Cambacérès put, sans être contredit, affirmer (1), de la règle de l'art. 180, qu'elle était « consacrée par une jurisprudence de 1500 ans », et que Maleville lui-même, dont l'appréciation, d'ailleurs confirmée par Locré (2), a tout le poids que lui donne son rôle dans la rédaction du code, constate dans son ouvrage (3) qu' « après bien des élucubrations..., les choses en sont restées sur le pied des lois anciennes ». Est-ce donc une affirmation isolée, comme celle qu'émit Boutteville, dans son discours au corps législatif (4), au sujet de l'erreur sur les qualités morales, qui est de force à détruire l'autorité de tant de témoignages concordants ?

1731. Sans appui dans les travaux préparatoires, l'opinion qui étend l'application de l'art. 180 à l'erreur sur de simples qualités, n'en a pas davantage dans les textes. Quant à cette disposition elle-même, il y aurait quelque présomption, en présence de la controverse qu'elle soulève, à y trouver la consécration de ce système. Ce n'est pas sans une forte complaisance qu'on veut la découvrir dans l'emploi des mots erreur « *dans* » la personne, alors surtout, ainsi qu'on vient de le noter, que la préposition soulignée a pris la place de « *sur* » sans qu'aucune remarque ait été faite qui permette de connaître la portée de cette substitution. Avec plus de droit on peut observer, en sens contraire, qu'une erreur dans ou sur la personne est une erreur qui porte sur son individualité, sur son identité même, et non pas sur un des éléments dont la réunion la compose, et surtout sur des qualités, comme l'aptitude à procréer, qui ne figurent pas au nombre de ces éléments. Impuissant, condamné à une peine criminelle, atteint d'une maladie incurable, un individu peut être tout cela, sans cesser cependant d'être en droit exactement la même personne, la même unité sociale. La diminution de ses

(1) Locré, *loc. cit.*, p. 444, n. 12.
(2) *Esprit du code Napoléon*, I, p. 47 s.
(3) *Analyse raisonnée*, I, p. 196.
(4) Locré, *Lég.*, IV, p. 553, n. 7.

facultés physiques ou civiles ne change pas son individualité, qui demeure à travers toutes ses altérations. Qu'il ne soit plus un « homme complet », comme le veut M. Labbé, on peut le dire : il n'en reste pas moins le même homme, et l'erreur qui a consisté à ignorer les mutilations de sa personnalité ne porte pas sur sa personnalité même et ne rentre pas non plus dans les termes de l'art. 180, pris dans leur sens technique.

Plus vainement encore a-t-on invoqué l'art. 232, aux termes duquel la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante constitue pour l'autre une cause de divorce, et induit de cette disposition que, si le conjoint du condamné peut, sur ce fondement, faire dissoudre son mariage, à plus forte raison doit-il pouvoir le faire annuler, lorsqu'il a ignoré l'infamie de celui qu'il épousait. Ou bien, en effet, cet article suppose que la condamnation est postérieure à la célébration, et il est alors sans rapport avec la question qui nous occupe : il se borne à permettre à l'époux innocent de rompre le lien qui l'unit à un criminel. Ou bien, au contraire, il suppose que la décision judiciaire peut être antérieure au mariage, et il consacre alors implicitement la validité de celui-ci, en n'offrant, au conjoint trompé qui veut se dégager, d'autre ressource que le divorce.

Mais il est un autre rapprochement beaucoup, plus instructif, qu'on aurait pu et dû faire : c'est celui de l'art. 1110 avec l'art. 180. Or, comment n'être pas frappé de ce que, tandis que le premier prévoit, dans deux alinéas distincts, l'erreur sur la substance, c'est-à-dire, d'après nous, l'erreur sur les qualités substantielles, et l'erreur sur la personne de l'un des contractants, cette dernière fait l'objet exclusif du second? Ce silence même ne suffit-il pas à montrer que, si substantielles qu'on les suppose pour les fins du mariage, l'erreur sur les qualités n'a pas paru au législateur moderne devoir exercer sur le sort de celui-ci plus d'influence qu'elle n'en avait dans le droit ancien? Et n'est-ce pas alors méconnaître sa volonté qu'appliquer le droit commun des contrats à une matière à laquelle il a précisément pris soin, dans notre disposition, de donner des règles particulières?

1732. Or aucune nécessité n'était plus impérieuse que celle de la détermination de ces règles. Les qualités qu'on peut avoir en vue, dans la personne de celui auquel on projette de s'unir, et celles qu'on serait par suite admis à considérer comme substantielles, sont si nombreuses et d'ordres si divers, elles peuvent être, d'autre part, envisagées de façons si différentes, que laisser le mariage sous l'empire de l'art. 1110, c'eût été le livrer à toutes les attaques et abandonner son sort à l'arbitraire le plus absolu. Ces qualités devraient-elles être, en quelque sorte, « intérieures « à l'individu, ou bien pourraient-elles même n'être qu' « extérieures », et se rattacher seulement, comme la fortune, à sa personne? Et quelle importance devraient-elles avoir quant à la poursuite des fins du mariage, pour qu'une erreur commise à leur endroit pût compromettre la validité de celui-ci? Toutes ces questions, et ce n'étaient là que les principales, exigeaient une réponse précise, en dehors de laquelle il n'y avait plus qu'incertitude pour le juge et libre essor pour la mauvaise foi.

Certes, on aurait pu comprendre que la loi, touchée par la profondeur de certaines infortunes conjugales, eût admis, dans un certain nombre de cas, la victime d'une erreur excusable à sortir, par la voie de la nullité, d'une situation intolérable, surtout lorsqu'elle y a été conduite par la fourberie de son conjoint. Sans permettre à toutes les désillusions de se manifester sous cette forme, elle aurait pu consacrer la légitimité, moralement incontestable, de certaines réclamations. Mais elle eût dû alors déterminer formellement quelles seraient les qualités physiques, intellectuelles, morales ou civiles, dont le défaut autoriserait ces demandes, de la part de ceux qui croyaient faussement à leur existence. Le seul fait qu'elle a manqué à cette obligation montre, mieux encore que tous les raisonnements, qu'elle a indistinctement placé toutes les qualités sur la même ligne, et qu'elle n'en a jugé aucune susceptible d'invalider le mariage par son absence. A tort ou à raison, il lui a paru indispensable d'assurer, au prix de quelques injustices particulières, la stabilité de l'union légitime, en n'admettant comme cause de nullité que l'erreur qui porterait sur la personne même de l'un des époux.

1733. Beaucoup d'esprits n'hésitent pas à penser que cette solution était encore de toutes la meilleure, en même temps que la plus simple, au spectacle des divergences qui éclatent entre les théoriciens ou les interprètes qui veulent faire sa part à l'erreur sur les qualités. En législation pure, que devrait-elle être ? Il n'est guère de problème aussi délicat à résoudre et qui puisse l'être de plus de façons, tant sont nombreux les éléments dont il faut tenir compte. On a vu Bonaparte professer successivement sur ce point les opinions les plus extrêmes, et notre conseil d'Etat actuel, chargé d'examiner une proposition déposée au Sénat, qui avait pour objet d'étendre le nombre des cas de nullité de mariage, conclure (1), comme plus tard la commission sénatoriale elle-même (2), qu' « il convenait de respecter la fixité des lois constitutives de la famille », tant il fut effrayé par la difficulté de n'y porter atteinte qu'avec mesure.

1734. Quant aux commentateurs, ils se sont chargés, par la variété de leurs formules et la diversité de leurs conclusions, de révéler tous les dangers d'une opinion qui, par nature, incline à l'arbitraire. Les uns veulent que l'erreur porte tout au moins sur des qualités « constitutives de la personnalité », et considèrent comme telles celles qui, « rendant l'individu habile au mariage, en font une personne mariable » (3). Mais ceux qui adoptent ce critérium se divisent eux-mêmes, lorsqu'il s'agit d'en faire l'application aux situations particulières ou aux divers éléments de l'état civil, et suivant que l'erreur est relative à l'état d'impuissance de l'un des conjoints, à une condamnation qu'il a encourue, ou à l'engagement qui résulte pour lui de vœux religieux. Il faut en effet, pour chaque cas, rechercher le rapport qu'ont la qualité faussement supposée ou la situation ignorée avec l'aptitude au mariage, et on peut alors, suivant ses dispositions d'esprit,

(1) Rapp. de M. Flourens au C. d'Et., *Journ. off*, 1886, *Sénat*, Doc. parl., p. 377.
(2) Rapp. de M. Allou, *Journ. off.*, 1886, *Sénat*, Doc. parl., p. 376.
(3) Demante, I, n. 262 *bis*, III; Demolombe, III, n. 253 *ter*. — Cpr. Marcadé, I, art. 180-V, n. 638, et *Rev. de lég. et de jur.*, 1846, III, p. 342; Planiol, I, n. 1062-3° et 1064; Allemand, I, n. 155 s.; Thiercelin, *Le Droit*, 20 déc. 1860; Bellaigue, *Rev. prat.*, 1861, XI, p. 101.

ou ne tenir compte que du rapport qu'elles ont légalement avec celle-ci, ou même examiner celui qu'elles doivent avoir, non pas seulement en droit, mais d'après les croyances de l'époux qui s'est trompé. Par exemple, on peut être conduit à décider que, quoique l'engagement dans un ordre religieux ne soit pas un empêchement au mariage, l'union d'une femme catholique avec un prêtre ou un moine est nulle, lorsque l'épouse a ignoré le vrai caractère de celui-ci, parce qu'il ne lui est pas possible « de concilier avec sa conscience l'état et les devoirs du mariage ». Ou bien encore, à la question de savoir si l'union contractée par erreur avec un forçat libéré est valable, on répondra, ou par l'affirmative, ou par la négative, suivant que la personnalité du condamné ne paraîtra certainement pas ou paraîtra, au contraire, assez entamée pour ne plus lui laisser le moyen « de remplir les divers devoirs qui résultent de l'état de mariage et de la famille ».

D'autres auteurs, pour éviter de trancher *a priori* toutes ces difficultés de détail, d'autant plus embarrassantes que la loi les ignore, se résignent à s'en remettre à l'appréciation discrétionnaire des tribunaux. Les considérant comme dépendant « beaucoup des mœurs, des idées, des croyances qui peuvent régner dans la société à ses différentes époques », ils veulent qu'elles ne soient résolues que d'après « toutes les circonstances du fait, la position de l'époux trompé, son caractère personnel, toute la situation enfin » (1). Mais cette opinion, qui fait du juge pour chaque espèce un véritable législateur, a paru trop dangereuse à d'autres jurisconsultes, qui, désireux de ne tomber ni dans l'arbitraire du dernier parti, ni dans les embarras du premier, se sont ingéniés à trouver, à la difficulté qui a déjà coûté tant d'efforts, une solution nouvelle.

1735. D'après M. Huc (2), qui est de ceux-là, l'art. 180 s'inspire du droit canon : ce droit seul lui paraît expliquer l'emploi de la locution « erreur dans la personne », et fournir la base d'une distinction de nature, par la précision de la terminologie, à résoudre aisément toutes les difficultés. Des

(1) Cpr. Demolombe, III, n. 253; Marcadé, *loc. cit.*; Valette sur Proudhon, I, p. 395, note *a*; Planiol, *loc. cit.*

(2) II, n. 74-76.

« attributs », qui sont « des propriétés ou manières d'être de la personne » et qui, n'étant pas « susceptibles ni de plus, ni de moins, existent dans la personne ou n'existent pas », l'auteur distingue les « qualités », qui « sont au contraire certaines modifications que la personne peut éprouver et sont susceptibles de plus ou de moins ». Or la présence des attributs dans toute personne est « tellement naturelle que l'esprit ne s'en préoccupe jamais spécialement » et qu'elle est toujours présumée. Par sa naissance, tout homme se rattache effectivement à une famille, à un pays, à une religion, et compte par suite trois attributs, l'état civil, la nationalité, la religion. Mais on lui en découvre deux autres, la faculté d'engendrer, lorsqu'on l'envisage spécialement quant au mariage, et la laïcité ou la liberté de tout engagement religieux, quand on tient compte des influences qui l'ont façonné dans notre milieu social. Ceci posé, comme, lors de la conclusion d'un mariage, chacun des futurs époux est supposé revêtu de tous ces attributs et qu'on ne songe même pas à en vérifier l'existence, il n'est que juste que l'absence de l'un d'eux en la personne d'un des conjoints entraîne, lorsqu'elle a été ignorée de l'autre, la nullité du mariage, à moins que, dans les circonstances du fait, cet attribut n'ait été jugé indifférent à sa formation. Au contraire, comme « les qualités ne sont jamais que des accidents », comme, se référant « à la fortune, à la santé, à la vertu, à la probité », et pouvant être aussi bien absentes que présentes, chaque partie se préoccupe de savoir, avant de se marier, jusqu'à quel degré celles qu'elle recherche dans son futur époux lui appartiennent, cet examen préalable auquel chacun se livre et doit se livrer fait qu'il doit aussi supporter la responsabilité des erreurs qu'il peut commettre. Il doit la supporter d'autant plus que, cette erreur pouvant varier en intensité autant que la qualité sur laquelle elle porte, il eût fallu, pour venir à son secours, déterminer quelle en devrait être la gravité, ce qui aurait été tout à fait impossible. « Tant pis pour celui qui se trompe ou qui est trompé, l'événement prouve qu'il n'a pas su ou voulu se renseigner. »

Pour démontrer que ce système est réellement emprunté au droit canon, M. Huc observe que les quatre sortes d'er-

reur qu'il distinguait, suivant qu'elle portait sur la personne physique, la condition sociale, la fortune et les qualités, pouvaient se réduire à deux, l'erreur sur l'identité et l'erreur sur les qualités. Or, si la première viciait nécessairement le consentement, il n'en était ainsi de la seconde que tout autant que la qualité qui en était l'objet était substantielle ou essentielle (1). On la qualifiait alors de *redundans in personam*, parce qu'elle « portait sur un élément qu'on avait cru exister dans la personne, alors qu'il n'y était pas », et c'est cette locution qui a été traduite dans le code par les termes d'erreur dans la personne. Quant aux qualités « secondaires », l'erreur qui portait sur elles restait sans aucun effet. Il n'y a donc qu'à entendre par qualités substantielles ce que notre auteur appelle « attributs », et par qualités secondaires ce qu'il désigne par « qualités », pour avoir toute sa doctrine.

Il n'est pas sans intérêt d'en constater les résultats pratiques. Or M. Huc (2), admet la nullité du mariage pour cause d'erreur sur la nationalité et sur le statut personnel (3), sur la religion, sur « la liberté de l'une des parties quant à tout engagement antérieur » ou mieux religieux, sur la faculté d'engendrer, car, dans toutes ces hypothèses, l'erreur porte sur un attribut, « *redundat in personam* ». Il se refuse (4) au contraire à reconnaître cette nullité lorsque l'erreur a pour objet la fortune, la santé, la vertu, la probité, et notamment il la repousse lorsqu'une femme a épousé, dans l'ignorance de son véritable état, un forçat libéré : si funeste qu'elle soit, l'erreur n'est ici, comme dans les autres cas, relative qu'à une qualité.

1736. Telle est cette théorie, à laquelle on ne saurait dénier le mérite de la nouveauté. Si, avant d'en discuter les origines et le fondement, on en apprécie les conclusions, on ne les trouve guère satisfaisantes. Un système qui condamne un époux à rester uni à un forçat dont il ne soupçonnait pas l'état, et qui rompt le mariage qu'un autre époux a

(1) Cpr. art. 1333 C. civ. allemand.

(2) II, n. 77-79, et *Code civil italien*, p. 58 s.

(3) En ce sens Turin, 21 juillet 1883, et Brescia, 10 oct. 1883, S., 86. 4. 1, note de M. Chavegrin. — Cpr. Planiol, I, n. 1064.

(4) II, n. 80-83. — Cpr. sur le droit canon, Esmein, *op. cit.*, I, p. 311 s. ; Glasson, n. 40 s.

contracté par erreur avec un ecclésiastique séparé de l'Eglise, ou même avec un laïque dont la religion est différente de celle qu'il lui prêtait, ne se recommande qu'assez vaguement de ce souci de moralité et de justice qui a inspiré toutes les autres interprétations extensives de l'art. 180. Est-ce que du moins « il ne laisse aucune prise à l'arbitraire ou à la fantaisie, et se limite lui-même par l'impossibilité de l'étendre aux simples qualités »? Il ne le semble pas, de quelque complaisance qu'on use avec lui, si, au lieu de le prendre tel qu'il a été présenté et appliqué, on en recherche les applications possibles, en ne s'inspirant que de son principe, la distinction des attributs et des qualités, et en s'essayant à faire le départ des uns et des autres.

Or nous refusons de voir, avec M. Huc, un attribut dans la « religion », à laquelle il prétend que tout homme est rattaché par sa naissance, alors que le droit civil l'ignore et veut l'ignorer, surtout sous le rapport de l'aptitude à contracter mariage. Notre auteur a d'ailleurs bien choisi son espèce, en citant une décision de la jurisprudence italienne, annulant pour erreur dans la personne le mariage d'une femme qui, croyant s'unir à un Italien, avait de fait épousé un israélite ottoman, auquel son statut personnel permettait la polygamie. Une moindre habileté aurait laissé mieux paraître les vraies conséquences de la doctrine : admettrait-il qu'une catholique pourrait obtenir la rupture de l'union qu'elle aurait par erreur contractée avec un protestant? Voilà bien une erreur qui ne porterait que sur la religion, sans porter en même temps, comme dans l'espèce citée, sur le statut personnel ou la capacité civile de l'un des conjoints. Mais quoi! par une piquante singularité, M. Huc ne fait pas de cette capacité un des attributs susceptibles, lorsqu'on en suppose à tort l'existence, d'entraîner la nullité du mariage! Ce n'est pas qu'il lui refuse expressément cette importance, car cette assertion aurait peut-être paru trop paradoxale. Mais ce qui prouve qu'au fond il la lui dénie, c'est d'abord que l'absence de cette capacité ne figure pas dans l'énumération des attributs, car elle ne se confond ni avec l'état civil, ni avec la nationalité; et c'est ensuite qu'il ne considère la

condamnation afflictive ou infamante de l'un des conjoints que comme portant atteinte à la « probité » de l'individu, faisant ainsi implicitement abstraction de l'altération profonde qui en résulte dans sa capacité! Cependant, la jouissance et l'exercice des droits civils, ne sont-ce pas de ces éléments dont « la présence est si ordinaire, si naturelle, qu'on ne suppose jamais leur absence », et sur lesquels les investigations qui précèdent le mariage ne portent généralement pas? Pourquoi donc leur refuser le titre d'attributs, auquel ils ont autant de droits que la nationalité, alors que celle ci semblerait ne devoir exercer d'influence sur le sort du mariage que par celle qu'elle a précisément sur la capacité, et plus de droits assurément que la religion, qui n'influe en rien sur elle? C'en est assez pour montrer que la « fantaisie », suivant le mot de M. Huc, n'est pas moins étrangère à l'application de son système qu'à celle des autres.

1737. Quant à son principe et à son fondement, on a quelque peine à se rappeler, lorsqu'il les expose, qu'il s'agit de l'interprétation de l'art. 180. Que de choses en si peu de mots! L'erreur « dans » la personne, dit-il, ne doit s'entendre que de celle qui porte sur l'attribut : et pourquoi celle qui est relative à une qualité, faussement supposée « dans » la personne, ne pourrait-elle pas être qualifiée de même? Puis, prouve-t-il que cette prétendue distinction était présente à l'esprit des rédacteurs du code civil, en affirmant que « le droit canon, sur cette matière, ayant été civilement obligatoire, les canonistes ont exercé une grande influence sur la doctrine des civilistes »? Non certes, puisque cette doctrine, qui nous est connue par Pothier, ne fait, malgré ses références au droit canonique, aucune allusion à la distinction des qualités substantielles ou attributs et des qualités secondaires ou simples qualités, et qu'elle s'énonce en ces termes lumineux : « Lorsque l'erreur ne tombe que sur quelque qualité de la personne, cette erreur ne détruit pas le consentement nécessaire pour le mariage, et n'empêche pas par conséquent le mariage d'être valable » (1).

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 310.

Faut-il discuter enfin l'exactitude de la synthèse faite par M. Huc du droit ecclésiastique, et demander pourquoi il répartit en deux catégories toutes les erreurs relatives à la personne, suivant qu'elles portent sur des qualités substantielles ou secondaires, alors que ce droit en distingue quatre, et que l'*error qualitatis,* qui représente une seule d'entre elles, n'est jamais prise en considération, à moins qu'elle ne dissimule au fond une véritable erreur sur la personne? Ce n'est pas le droit canon, en tout cas, qui prononce la nullité du mariage pour cause de simple erreur sur l'état civil, puisque celui qu'on contracte avec un roturier, à tort supposé noble, reste valable. Ce n'est pas lui qui prononce non plus, du moins pour cause d'erreur, la nullité de l'union à laquelle ont pris part, soit un impuissant, soit un individu engagé dans les ordres sacrés, puisque l'impuissance et la prêtrise constituent par elles-mêmes, dans cette législation, des empêchements dirimants. Au surplus les constatations de M. Huc rendent ces objections de détails vraiment inutiles. Critiquant la théorie des jurisconsultes d'après lesquels l'erreur sur les qualités rentre dans les prévisions de l'art. 180, on le voit, non sans surprise, leur reprocher d'avoir « subi l'influence exercée par les doctrines canoniques, dont le point de vue purement individuel n'a pas été compris ». « Chaque fois, en effet, écrit-il (1), que le mariage n'a pas encore été consommé par la cohabitation des deux époux, l'Eglise catholique se montre facile pour prononcer la nullité. Mais pourquoi? Parce que l'Eglise se place toujours au point de vue individuel; elle examine la question au regard de la situation personnelle des parties intéressées, et elle est dominée par la préoccupation de faire disparaître les obstacles qui pourraient entraver leur salut. Ainsi lorsque le mariage, quoique célébré, n'a pas encore été consommé, s'il y a eu erreur portant sur la probité, ou la vertu de l'une des parties, l'Eglise préfère l'inconvénient résultant de l'annulation aux inconvénients résultant du maintien. Mais la loi civile ne peut se placer ainsi au point de vue individuel, et elle n'a pas pour mission de statuer en vue d'assurer

(1) II, n. 83.

le salut des âmes. Le droit civil doit veiller, dans un intérêt général supérieur, à ce que les mariages soient sérieusement contractés, après que toutes les informations ont été prises, et il ne doit pas favoriser les unions irréfléchies en accordant trop facilement l'action en nullité. » Peut-être serait-il difficile de mieux marquer l'esprit différent dans lequel ces deux législations doivent résoudre ce problème, et de montrer que les solutions de la première ne peuvent pas servir à l'interprétation de la seconde.

1738. Il faut clore cette longue discussion, en disant que l'erreur sur de simples qualités n'influe pas sur la validité du mariage. Elle n'influe pas sur cette validité, lors même qu'elle aurait été provoquée par les manœuvres frauduleuses du conjoint sur la personne duquel elle porte, car le dol n'a pas plus d'influence que ce genre d'erreur (1).

Cette conclusion est-elle en désaccord avec la proposition précédemment admise, d'après laquelle l'erreur sur la personne civile vicie le consentement? On l'a prétendu : cette erreur, a-t-on dit, « ne constitue elle-même qu'une erreur sur les qualités civiles et sociales »; l'admettre comme cause de nullité, c'est reconnaître que « l'erreur sur les qualités peut être telle, dans certains cas, qu'elle doive produire cet effet. Le reste n'est plus qu'une affaire d'application », plus ou moins restrictive. On a excellemment répondu à ce reproche, en observant que l'erreur sur les qualités ne saurait être aucunement confondue aujourd'hui, pas plus qu'elle ne l'était dans l'ancien droit, avec l'erreur sur l'identité. Cette dernière, portant sur l'individualité tout entière de l'un des conjoints,

(1) Aubry et Rau, V, § 462, p. 66, n. 6; p. 67 et 68, n. 9, et p. 69, n. 14; Toullier, I, n. 515 s.; Duranton, II, n. 56 s; Proudhon, I, p. 392 s.; Delvincourt, I, p. 77, note 3; Maleville, p. 195 s.; Taulier, I, p. 247 s.; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 320; Laurent, II, n. 290 s.; Surville, I, n. 178; Glasson, n. 127 s. et n. 149; Thieriet, *Rev. de lég. et de jur.*, 1847, I, p. 370. — Montpellier, 1er fév. 1866, S., 66. 2. 325, D., 67. 5. 270. — Bordeaux, 21 mars 1866, S., 66. 2. 209 et note, D., 66. 2. 87, et *infra*, notes des p. 361 s. — *Contra* : Demolombe, III, n. 253 et 253 *bis*, *ter* et *quater*; Demante, I, n. 262 *bis*, III; Valette sur Proudhon, I, p. 395, note *a*, et *Explic. somm.*, p. 106 s.; Massé et Vergé, I, p. 206, note 4; Marcadé, I, art. 180-III, IV, et V, n. 629 s., et *Rev. de lég. et de jur.*, 1846, III, p. 342; Planiol, I, n. 1061 s.; Labbé, *Journ. du Palais*, 1860, p. 241 s. — Cpr. Beudant, I, n. 225; Vazeille, I, n. 65 s.; Pezzani, n. 37 s.

fait en somme que l'autre s'est trouvé marié avec une autre personne que celle à laquelle il voulait s'unir; la première n'empêche pas qu'il ait épousé la personne qu'il avait en vue, quoiqu'elle ait manqué d'une des qualités qu'il lui supposait. Est ce donc que, rationnellement, ces deux hypothèses ne se distinguent pas l'une de l'autre et ne sont pas susceptibles d'être en droit régies différemment? Désireux de m'unir à Primus, j'épouse Secundus, qui se prévaut de l'état civil et prend jusqu'au nom de celui-ci : comment mon consentement ne serait-il pas vicié? Mais ne comprend-on pas, au contraire, que je puisse rester lié, si Primus, à qui je me suis effectivement marié, n'a pas la filiation, ou la nationalité, ou les titres de noblesse, que je lui prêtais? Sa personne, dans son ensemble, est bien celle que j'avais choisie : elle n'est autre que par certains de ses éléments, qui ne parviennent pas à la changer complètement, et qu'à tort ou à raison la loi a pu considérer, dans un intérêt supérieur, comme indifférents à la validité du mariage (1).

1739. La doctrine à laquelle nous nous rallions conduit, dans l'application, aux conséquences suivantes :

1° Est valable le mariage d'un individu avec un conjoint qu'il croyait Français et enfant légitime, alors qu'il était étranger et enfant naturel ou même adultérin (2), ou auquel il supposait un titre de noblesse qui ne lui appartenait pas.

1740. 2° Est valable aussi le mariage d'une personne avec un époux qu'elle ignorait avoir été condamné à une peine afflictive ou infamante (3). C'est au sujet de cette espèce que la jurisprudence s'est fixée dans le sens où nous nous prononçons, par

(1) Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 67, n. 9.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, III, n. 253 *ter* et *quater;* Toullier, I, n. 523; Duranton, II, n. 64; Glasson, n. 129. — Bordeaux, 21 mars 1866, S., 66. 2. 209 et note D., 66. 2. 87. — *Contra :* Huc, II, n. 77. — Trib. Boulogne, 26 août 1853, S., 54. 2. 114, D., 53. 3. 56. — Cpr. Demante, I, n. 262 *bis,* III; Beudant, I, n. 225.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 68, n. 11; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 320; Taulier, I, p. 248; Laurent, II, n. 297; Huc, II, n. 82 et 83; Glasson, n. 129; Pezzani, n. 55. — *Contra :* Demolombe, III, n. 253 et 253 *ter;* Duranton, II, n. 62; Marcadé, I, art. 180-V, n. 638; Allemand, I, n. 154 s.; Bellaigue, *Rev. prat.*, 1861, XI, p. 101; Pont, *Rev. crit.*, 1861, XVIII, p. 193 et 289; 1862, XX, p. 289. — Cpr. Demante, *loc. cit.;* Toullier, I, n. 518 et 523; Vazeille, I, n. 68.

un arrêt solennel qui a d'autant plus d'autorité que la cour de cassation y condamna la solution à laquelle elle avait d'abord cru devoir s'arrêter dans la même affaire. Il s'agissait d'une jeune fille qui avait épousé un forçat libéré, dont l'état lui avait été dissimulé. Le tribunal de la Seine, et après lui la cour d'appel de Paris (1), rejetèrent la demande en nullité formée par la femme pour erreur dans la personne. Sur son pourvoi, la chambre civile (2) cassa la décision de la cour, sur ce fondement qu'elle posait à tort en principe que l'erreur devait porter sur une personnalité complète, alors qu'il suffisait qu'elle portât sur des éléments substantiels de cette personnalité, laquelle se trouvait effectivement diminuée par la condamnation qu'avait en l'espèce encourue le mari. Et il ressortait en outre de l'arrêt de la cour suprême qu'il appartenait au juge du fait de déterminer la mesure dans laquelle avait été influencée la validité du mariage, à raison de l'importance de l'élément sur lequel portait l'erreur. La cour d'Orléans (3), à laquelle la cause fut renvoyée, statuant comme les premiers juges, décida qu'il y avait simple erreur sur les qualités civiles, et non pas dans la personne. Saisie de nouveau, la cour suprême, condamnant son opinion primitive, consacra celle des deux cours d'appel, sur les conclusions conformes du procureur général Dupin. « L'erreur dans la personne, disent les considérants de ce célèbre arrêt (4), dont les art. 146 et 180 ont fait une cause de nullité de mariage, ne s'entend, sous la nouvelle comme sous l'ancienne législation, que d'une erreur portant sur la personne elle-même; si la nullité ainsi établie ne doit pas être restreinte au cas unique de l'erreur provenant d'une substitution frauduleuse de personne au moment de la célébration; si elle peut également recevoir son application quand l'erreur provient de ce que l'un des époux s'est fait agréer en se présentant comme membre d'une

(1) Paris, 4 fév. 1860, S., 60. 2. 71 et note, D., 60. 2. 87.

(2) 11 févr. 1861, S., 61. 1. 241, rapp. de M. Sevin, concl. de M. Raynal et note de M. Labbé, D., 61. 1. 49.

(3) 6 juill. 1861, S., 61. 2. 485, D., 61. 2. 132.

(4) Chambres réunies, rej., 24 avril 1862, S., 62. 1. 342, concl. de M. Dupin, D., 62. 1. 153.

famille qui n'est pas la sienne et s'est attribué les conditions d'origine et la filiation qui appartenaient à un autre, le texte et l'esprit de l'art. 180 écartent virtuellement de sa disposition les erreurs d'une autre nature, et n'admettent la nullité que pour l'erreur qui porte sur l'identité de la personne, et par le résultat de laquelle l'une des parties a épousé une personne autre que celle à qui elle croyait s'unir; ainsi, la nullité pour erreur dans la personne reste sans extension possible aux simples erreurs sur des conditions ou des qualités de la personne, sur des flétrissures qu'elle aurait subies... ».

1741. 3° Est pareillement inattaquable le mariage qu'une personne aurait contracté avec un époux qu'elle ignorait être engagé par des vœux religieux, par exemple l'union d'une femme avec un moine profès qui s'était séparé de sa communauté (1). En fondant la solution opposée sur l'art. 1110, la cour de Colmar a omis la seule disposition dont l'interprétation fût en jeu, l'art. 180.

1742. 4° Est encore valable le mariage qui unit à un individu atteint d'impuissance une femme qui ignorait l'état de son futur conjoint. Cette erreur ne porte que sur une qualité physique, qui n'est même pas aussi substantielle qu'on le prétend, puisque le mariage n'a pas, en droit, pour objet essentiel de parvenir à l'union des corps et à la procréation des enfants. Vainement tenterait-on d'assimiler l'impuissance au défaut de sexe, car, outre que cette assimilation serait inexacte, l'impuissant devant être supposé avoir un sexe reconnaissable pour que la question se pose, elle aboutirait à faire déclarer inexistante, et non pas seulement nulle en vertu de l'art. 180, l'union qui aurait été contractée avec lui. On ne saurait rien induire non plus de la faculté de désaveu accor-

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Empêch. de mar.*, sect. V, art. 1, n. 4; Aubry et Rau, V, § 462, p. 68, n. 10; Laurent, II, n. 296; Glasson, n. 129; Pezzani, n. 54. — Trib. Montpellier, 24 fév. 1840, *Gaz. des Trib.*, 3 mars 1840. — *Contra :* Demolombe, III, n. 253 *ter*, Duranton, II, n. 66; Marcadé, I, art. 180-V, n. 638; Demante, I, n. 262 *bis*, III; Huc, II, n. 78; Planiol, I, n. 1062-3° et 1064; Allemand, I, n. 167 et 168. — Colmar, 6 déc. 1811, S., 12. 2. 89 et note de M. Devilleneuve, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 71. — Trib. Agen, 6 juill. 1860, S., 60. 2. 353 et note de M. Dutruc. — Cpr. Delvincourt, I, p. 77, note 3.

dée par l'art. 312 au mari qui prouve qu'il a été, pendant la période de la conception, dans l'impossibilité physique, par l'effet de quelque accident, de cohabiter avec sa femme. De ce que le père prétendu, devenu impuissant, puisse retirer le bénéfice de la légitimité aux enfants qui se prévalent de son mariage, alors qu'ils ne peuvent être que le fruit de l'adultère, on ne peut évidemment pas conclure que l'impuissance donne à l'autre époux, lorsqu'il l'ignorait et qu'elle était antérieure à son union, le droit de rompre celle-ci. Si l'intérêt de la famille légitime a fait admettre, au profit de son chef, un droit dont l'exercice peut n'être pas sans inconvénients moraux, à raison de la preuve à laquelle il est subordonné, rien n'autorise à supposer, surtout en présence du silence de l'art. 180, que la loi ait entendu passer par dessus ces mêmes inconvénients, pour permettre à l'époux induit en erreur de reprendre sa liberté.

Faudrait-il, en effet, déclarer l'action en nullité recevable aussi bien pour cause d'impuissance naturelle que pour cause d'impuissance accidentelle? Et, au cas de l'affirmative, l'impuissance naturelle devrait-elle être extérieure et manifeste, ou bien pourrait-elle ne résulter que de la faiblesse organique et de la frigidité de la constitution? Le silence complet de notre disposition autoriserait toutes les réponses. Aussi, tandis que les uns (1) s'attachent étroitement à l'analogie de l'art. 312 et exigent que l'impuissance résulte d'un accident, il suffit aux autres (2) qu'elle provienne d'un vice de conformation apparent et, par conséquent, d'une constatation facile. Mais le fait même qu'on n'ait pas osé soutenir que l'impuissance de l'un des conjoints, ignorée de l'autre, soit un motif de nullité, quelle qu'en soit la nature et lors même qu'elle dérive simplement de la faiblesse constitutionnelle, milite contre toutes ces opinions : car qu'importe la cause de l'impuissance,

(1) Toullier et Duvergier, I, n. 525 et 526; Duranton, II, n. 67 s.; Pezzani, n. 46 s.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Impuissance*, n. 2 ; Demolombe, III, n. 253 *ter* et 254 ; Demante, I, n. 225 *bis*, IV, et 262 *bis*, III ; Valette sur Proudhon, I, p. 395, note *a* ; Marcadé, I, *app.*, VII, n. 567, et art. 180-V, n. 638; Delvincourt, I, p. 88, note 10; Huc, II, n. 79 ; Vazeille, I, n. 93 ; Allemand, I, n. 101 s. ; Rodière, *Note, Journ. Pal.*, 1859, p 553. — Cpr. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 319, note 1.

si, comme on le répète (1), la « matière du mariage » ou sa « substance » manque alors ? Toutes les restrictions auxquelles elles s'assujétissent volontairement s'inspirent donc, non de l'art. 180 qu'elles prétendent interpréter, et qui reste muet sur toutes ces questions, mais de considérations relatives aux inconvénients ou aux difficultés de la preuve, qui lui sont tout aussi étrangères. En ne visant pas l'erreur sur les qualités, il a laissé en dehors de ses prévisions l'erreur sur l'aptitude à engendrer (2). Une jurisprudence qui ne s'est guère démentie a consacré, à diverses reprises, cette dernière solution.

1743. 5° Est valable enfin le mariage d'un individu avec une femme qui a su lui dissimuler ses liaisons antérieures ou même son état de grossesse lors de la célébration (3). En dépit de quelques décisions judiciaires, qui ont fait apparaître tous les dangers de l'interprétation extensive de l'art. 180, toutes les opinions s'accordent à reconnaître que, lorsque l'erreur ne porte que sur des qualités morales ou sur la « personne morale », elle ne saurait, si grave soit-elle, compromettre la validité de l'union : car où s'arrêterait-on dans la voie opposée, et quelle devrait être l'importance de l'erreur pour l'invalider ?

1744. A plus forte raison l'erreur commise par l'un des conjoints sur les sentiments, les croyances ou les intentions

(1) Cf. Locré, *Lég.*, V, p. 85, n. 9, et VI, p. 35, n. 4, et p. 291, n. 14.

(2) Aubry et Rau, V, § 464, p. 101, n. 40 s. ; Taulier, I, p. 251 s. ; Laurent, II, n. 298 ; Glasson, n. 132 s. ; Fuzier-Herman, art. 180, n. 69 s. — Gênes, 7 mars 1811, S., 11. 2. 193, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 77. — Riom, 30 juin 1828, S., 28. 2. 226, D., 28. 2. 221. — Besançon, 28 août 1840, S., 40. 2. 444, D., 41. 2. 38. — Toulouse, 10 mars 1858, S., 58. 2. 660, D., 59. 2. 40. — Chambéry, 28 janv. 1867, S., 67. 2. 81. — Nîmes, 29 nov. 1869, S., 70. 2. 78, D., 72. 1. 52. — Riom, 7 juin 1870 et 2 août 1876, S., 77. 2. 153, D., 77. 2. 32. — Trib. Nîmes, 21 juill. 1893, sous Nîmes, S., 96. 2. 142. — Civ. cass., 6 avril 1903, S., 1904. 1. 273, note de M. Wahl, D., 1904. 1. 395. — Nancy, sur renvoi, 16 oct. 1903, S., 1904. 2. 175, D., 1904. 2. 336. — Cpr. Perreau, *Rev. crit.*, 1903, p. 194. — *Contra :* Trèves, 27 janv. et 1er juill. 1808, S., 8. 2. 214, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 76. — Cpr. Montpellier, 8 mai 1872, S., 72. 2. 272, D., 72. 2. 48. — Caen, 23 mars 1882, S., 82. 2. 108, D., 82. 2. 155.

(3) Demolombe, III, n. 253 *ter* ; Toullier, I, n. 516 ; Duranton, II, n. 56 ; Marcadé, I, art. 180-V, n. 638 ; Huc, II, n. 82 et 83 ; Beudant, I, n. 225 ; Glasson, n. 229 ; Vazeille, I, n. 65 ; Pezzani, n. 41. — *Contra :* Trib. Boulogne, 26 août 1853, S., 54. 2. 114, D., 53. 3. 56. — Trib. Chaumont, 9 juin 1858, S., 58. 2. 543, D., 61. 5. 305. — Cpr. Demante, *loc. cit.* ; Fuzier-Herman, art. 180, n. 61 s.

de l'autre, ne saurait l'autoriser à demander la rupture de son lien, car elle porte moins encore sur la personne que lorsqu'elle est relative à de véritables qualités (1). Il eût été trop imprudent de faire dépendre le sort du mariage de l'existence réelle de ces dispositions, morales ou intellectuelles, susceptibles de changer avec le temps, et sur lesquelles on ne peut jamais faire fond qu'au risque d'être cruellement déçu. Par application de ce principe, les tribunaux ont très justement jugé qu'il ne leur était pas permis de prendre en considération, pour l'annulation du mariage (2), le refus par le mari, contre l'attente de sa femme, de faire procéder à la célébration religieuse de son union (3), ou celui de la femme de consentir à la consommation du mariage, alors même qu'elle avait pris ce parti avant de se marier (4).

2. *Des personnes qui peuvent se prévaloir de la nullité pour vice du consentement.*

1145. Lorsque le consentement de l'un des époux a été vicié par la violence ou par l'erreur, le mariage ne peut être attaqué que par lui : l'art. 180, qui pose expressément ce principe, considère donc la nullité comme relative. Il n'est pas sans intérêt de préciser les motifs de cette décision, car de

(1) Aubry et Rau, V, § 462, p. 68 et 69; Laurent, II, n. 486; Beudant, I, n. 225.

(2) Au contraire, les faits dont il est question sont généralement considérés par la jurisprudence comme des injures suffisamment graves pour motiver, soit le divorce, soit la séparation de corps. Cf. notamment, pour le refus de célébration religieuse, Angers, 29 juin 1859, S., 59. 2. 77, et Bruxelles, 17 juill. 1889, S., 90. 4. 28; pour le refus de consommation du mariage, Cass., 22 fév. 1899, S., 99. 1. 189. D., 99. 1. 244.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 69, n. 12; Demolombe, IV, n. 390; Laurent, *loc. cit.*; Glasson, n. 114 et 129; Thieriet, *Rev. de lég. et de jur.*, 1846, III, p. 161; 1847, I, p. 370; Fuzier-Herman, art. 180, n. 20 s. — Montpellier, 4 mai 1847, S., 47. 2. 418, note de M. Devilleneuve, D., 47. 2. 81 et note. — Lyon, 10 mars 1853, D., 53. 2. 210. — Trib. Bruxelles, 31 mars 1888, S., 88. 4. 24. — *Contra :* Marcadé, I, art. 180-V, n. 638; Bressolles, *Rev. de lég. et de jur.*, 1846, II, p. 149; Marcadé, *eod. loc.*, 1846, III, p. 342. — Cpr. E. Sermet, *Mariage religieux et mariage civil* (*Revue catholique des institutions et du droit*, 1907, 2e semestre, p. 239 s.), d'après lequel la circonstance qu'en conscience, sinon en droit, le fiancé catholique subordonne son consentement à la condition qu'il y aura une célébration religieuse du mariage, devrait avoir pour conséquence logique l'antériorité de cette célébration religieuse à la comparution devant l'officier de l'état civil.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 69, n. 13; Laurent, II, n. 292; Glasson, n. 129. — Req. rej., 9 févr. 1863, S., 64. 1. 45, D , 63. 1. 426.

leur détermination dépend la réponse à faire aux questions qui vont suivre. Or Tronchet (1) les a lui-même formellement exposés : « Le défaut de consentement n'intéressant que les époux eux-mêmes, il ne doit appartenir qu'à eux de faire valoir la nullité qui en résulte. » Cette nullité est en effet exclusivement fondée sur un intérêt privé : l'intérêt social exigerait plutôt le maintien du mariage, à cause du trouble que ne manque pas d'occasionner son annulation. S'il doit cependant plier devant l'autre, c'est parce qu'on ne peut pas, sans inhumanité et sans injustice, condamner l'époux dont le consentement est vicié à une vie commune dont il n'a réellement pas voulu, et qu'on doit lui fournir les moyens de reconquérir sa liberté. Ainsi, quoiqu'elle ait des conséquences pécuniaires, le but de l'action en nullité est, avant tout et même uniquement, de rendre à l'époux la disposition de sa personne.

Toute autre explication de notre article est de la plus périlleuse inexactitude. Dire, comme Portalis (2), qu'il ne saurait être au pouvoir des tiers d'agir, parce qu'il leur est impossible d'apprécier l'intensité de l'impression produite sur l'époux par l'erreur ou la violence, aboutirait à leur en reconnaître le droit, lorsqu'en fait elle aurait été explicitement déterminée par l'époux lui-même, sans qu'on expliquât, du reste, qu'en matière d'obligations tout intéressé puisse se prévaloir de ces vices. Enoncer, avec M. Demolombe (3), que l'époux qui ne se plaint pas peut être supposé avoir voulu renoncer à son action, conduirait à décider, contrairement à la pensée même de cet auteur, que ses héritiers peuvent l'exercer de son chef, lorsqu'il est mort avant la découverte de l'erreur ou la cessation de la violence, ou même depuis, mais avant l'expiration du délai utile pour l'intenter. Il ne suffit même pas enfin de répéter avec Portalis (4), quoiqu'il ait été mieux inspiré cette fois, qu'on ne doit pas permettre à des tiers « de venir troubler un mariage existant, au préjudice des enfants, au préjudice de deux familles, au préjudice des époux eux-mêmes, qui ne

(1) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 411, n. 5.
(2) *Exp. des motifs*, Locré, IV, p. 509, n. 42.
(3) III, n. 257.
(4) *Exp. des motifs*, Locré, *Lég.*, IV, p. 510, n 42.

réclament pas », car on n'explique pas ainsi que leurs héritiers ne puissent pas l'attaquer, lors même que la continuation de l'erreur ou de la contrainte a empêché ces époux de former leur réclamation. La vérité, selon nous, est que l'objet de cette réclamation a paru au législateur devoir disparaître avec eux-mêmes, puisque la mort de l'un d'eux met fin à l'union que l'action avait pour but de faire cesser (1).

1746. L'action en nullité ne peut donc être intentée que par l'époux violenté ou induit en erreur, ou par ses représentants (2); mais elle peut l'être toujours par lui. Avec raison, on a repoussé finalement la disposition du projet qui la refusait à l'époux mineur, sous le prétexte que la liberté et la sincérité de son consentement étaient garanties par celui qu'il devait obtenir de sa famille (3). Il eût été singulier qu'on ne s'assurât pas de la réalité de la volonté chez celui que l'acte intéresse le plus, alors surtout que la contrainte aurait pu émaner précisément de ceux qui doivent veiller à sa libre manifestation (4). — Seulement l'exercice de l'action par l'époux mineur, émancipé par son mariage, exige l'assistance de son curateur, lequel doit être nécessairement désigné *ad hoc* lorsque le curateur ordinaire n'est autre que le conjoint contre qui l'action est dirigée.

1747. Cette action n'appartient, au contraire, ni au conjoint dont le consentement est exempt de tout vice (5), ni aux ascendants ou autres parents de celui qui est fondé à se plaindre (6), ni à ses créanciers, agissant en son nom en vertu de l'art. 1166 (7), car elle est de celles qui sont exclusivement attachées à la personne.

(1) Cpr. Laurent, II, n. 448 et 449; Glasson, n. 147 et 150.

(2) Beudant, I, n. 282. — Civ. rej., 26 fév. 1890, S., 90. 1. 216, D , 90. 1. 290.

(3) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 412, n. 6 et 7.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, quest. 3 sur l'art. 180; Aubry et Rau, V, § 462, p. 70, n. 18; Demolombe, III, n. 260; Glasson, n. 148; Vazeille, I, n. 257. — Turin, 14 juil. 1807, S., 8. 2. 43, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 457.

(5) Planiol, I, n. 1066. — Cpr. Chambéry, 7 fév. 1885, S., 86. 2. 217, et note de M. Chavegrin, D., 85. 2. 241 et note.

(6) Planiol, *loc. cit.*

(7) Merlin, *Quest.*, v° *Hypothèque*, § 4, n. 4; Aubry et Rau, V, § 462, p. 69, n. 15, et IV, § 312, p. 125, n. 31; Demolombe, III, n. 257; Demante, I, n. 262 *bis*, V; Toullier, VII, n. 566; Planiol, I, n. 1066; Beudant, I, n. 282; Glasson, n. 147 et 149.

1748. Ne peut-elle pas du moins être exercée par les héritiers de l'époux en la personne duquel elle a pris naissance, s'il est mort avant de l'avoir intentée, mais étant encore dans le délai utile ? La négative, communément admise (1), nous paraît résulter, par dessus tout, du fondement que nous avons reconnu à notre disposition : la victime de la violence ou de l'erreur ne saurait plus bénéficier de l'action qui devait rompre sa chaîne, et qui ne pourrait plus que sauvegarder des intérêts pécuniaires auxquels la loi n'a pas songé, si respectables qu'ils puissent être. Ce motif paraît bien préférable à celui qu'on invoque d'ordinaire : car, s'il est vrai que la règle d'après laquelle les héritiers succèdent aux actions qui appartiennent à leur auteur ne s'applique qu'aux actions faisant partie de son patrimoine, dans lequel ne figure pas celle-là, on n'explique pas ainsi pourquoi l'exercice de cette dernière leur a été refusé, alors qu'il leur est loisible d'en intenter d'autres qui, comme l'action en désaveu, lui ressemblent par leur caractère. Moins encore est-on autorisé à se prévaloir du texte de l'art. 180, qui, en ne parlant que de l'époux, n'exclut pas nécessairement ses héritiers, mais montre seulement avec certitude que la nullité est relative. Mais du moins notre solution se trouve corroborée par la déclaration qui fut faite au conseil d'Etat (2), que l'action s'éteignait par la mort de l'époux : « Il a couvert, y fut-il dit, la nullité par son silence, lequel est considéré comme une ratification tacite. » Pour être inexact, ce motif ne détruit pas l'autorité de cette constatation.

1749. Les héritiers ne peuvent même pas, selon nous, et contrairement à l'opinion générale, suivre l'action introduite par leur auteur avant son décès (3). Vainement invoque-t-on con-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 69, n. 16 ; Demolombe, III, n. 258; Demante, I, n. 262 *bis*, V; Toullier, I, n. 611; Duranton, II, n. 270; Valette sur Proudhon, I, p. 433, note *a*, et *Explic. somm.*, p. 107; Laurent, II, n. 449; Huc, II, n. 134; Planiol, I, n. 1066; Beudant, I, n. 282; Glasson, n. 149; Vazeille, I, n. 258; Fuzier-Herman, art. 180, n. 24 s. — Trib. Toulouse, 24 fév. 1879, S., 80. 2. 54, D., 79. 3. 64.

(2) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 412, n. 6 et 7. — Cf. Boutteville, *Disc. au C. lég.*, p. 558, n. 16.

(3) Laurent, II, n. 450; Marcadé, I, art. 180-VII, n. 642; Huc, II, n. 134; Glasson,

tre cette proposition la règle romaine, « *omnes actiones, quæ tempore aut morte pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent* » (1), qui n'était, comme on veut bien du reste le reconnaître, qu'une conséquence du caractère novatoire de la *litis contestatio :* or la demande en justice ne produit, dans notre droit, aucun effet semblable. Objecte-t-on que les art. 330 et 957 consacrent pourtant, en matière de réclamation d'état et de révocation des donations pour cause d'ingratitude, des applications de ce principe à des actions purement personnelles? Mais ces actions sont même susceptibles, à la différence de la nôtre, d'être intentées, sous certaines conditions, par les héritiers de celui à qui elles appartenaient : comment aurait-on pu alors retirer à ses successeurs la faculté de continuer l'instance qu'il a engagée lui-même? La preuve que cette règle est sans extension possible aux actions exclusivement attachées à la personne, c'est qu'on s'accorde à admettre, malgré elle, que l'instance en mainlevée d'opposition ne saurait pas plus être suivie par les héritiers de l'opposant, que la demande en nullité de mariage formée par un ascendant dont le consentement n'a pas été obtenu, par ses propres héritiers. Et de fait, on ne voit pas, en raison, pourquoi une action changerait de nature dès qu'elle aurait été introduite, lorsque du moins elle poursuit un but qui ne peut plus être atteint quand celui qui en était investi vient à mourir. Or tel est bien le caractère de la nôtre, comme nous l'avons fait observer avec insistance : son objet, qui est de briser une union à laquelle un des époux n'a consenti qu'en apparence, s'évanouit lorsque celui-ci décède, puisque cette union est rompue par là même et que l'intérêt qu'il aurait eu sans doute à en faire prononcer l'annulation, lui vivant, malgré la mort de son conjoint, ne subsiste même plus. Le motif pour lequel la loi refuse l'exercice de cette action aux héritiers persiste

n. 150; Fuzier-Herman, art. 180, n. 26. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 69, n. 17; Demolombe, III, n. 259; Demante, *loc. cit.;* Duranton, II, n. 271; Duvergier sur Toullier, I, n. 611, note 4; Delvincourt, I, p. 77, note 5; Valette, *Expl. somm.*, p. 107; Planiol, I, n. 1067; Vazeille, I, n. 258; Allemand, I, n. 557. — Cf. Trib. Toulouse, 24 fév. 1879, précité.

(1) L. 139, D., *De reg. jur.*, L, 17. — Cf. L. 58, D., *De oblig. et act.*, XLIV, 7.

donc, en dépit des affirmations de M. Demolombe, aussi bien lorsqu'elle a été commencée par leur auteur que dans le cas contraire. Il est vrai, comme croit pouvoir l'observer victorieusement ce jurisconsulte, qu'en agissant lui-même, l'époux révèle l'existence des vices de son consentement et montre qu'il n'a pas renoncé à son droit. Mais qu'importe, puisque le caractère personnel de l'action ne procède, comme nous l'avons démontré, ni de l'incertitude où l'on pourrait être au sujet de la réalité de ces vices, ni de la présomption qu'il entend les couvrir, quand il garde le silence ? Et enfin il ne sert de rien de remarquer que l'art. 180 ne réserve à l'époux que le droit d' « attaquer » le mariage, sans refuser à ses successeurs celui de soutenir l'attaque qu'il a déjà dirigée : il n'en reste pas moins que le texte laisse la question indécise, et qu'elle doit être dès lors résolue d'après son esprit.

3. *Des modes de confirmation du mariage annulable.*

1750. Fondée sur un simple intérêt privé, la nullité résultant de la violence ou de l'erreur doit être susceptible de se couvrir. La confirmation de l'époux à qui l'action appartient apparaît comme la première et la plus légitime des causes qui puissent amener son extinction. « Ce que l'on a fait dans le principe par contrainte, on peut dans la suite le ratifier par raison et par choix » (1). Mais de quels actes peut résulter cette ratification ?

1751. L'art. 181 ne s'explique que sur un cas de confirmation tacite : « *Dans le cas de l'article précédent, la demande* » *en nullité n'est plus recevable, toutes les fois qu'il y a eu* » *cohabitation continuée pendant six mois depuis que l'époux a* » *acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue.* » Lorsqu'en effet l'époux violenté ou induit en erreur a recouvré son libre arbitre ou découvert la vérité, et qu'il cohabite, d'une manière continue, aussi longtemps avec son conjoint, on doit supposer qu'il renonce, par son silence, au droit d'attaquer le mariage. On ne saurait lui prêter une autre pensée qu'en lui imputant le calcul immoral de prolonger une situa-

(1) Portalis, *Exp. des motifs*, Locré, *Lég.*, IV, p. 509, n. 42.

tion fausse, dont la réputation des deux conjoints, lors de son dénouement, sortirait fortement diminuée. Or, aussi bien dans l'intérêt des mœurs que dans celui de l'époux condamné à l'inaction, ce calcul devait être déjoué.

1752. Quatre conditions doivent être réunies pour qu'il y ait ratification tacite, aux termes de l'art. 181 :

1° Il faut qu'il y ait cohabitation, c'est-à-dire existence commune des deux époux : seule elle indique que celui qui pouvait agir accepte son nouvel état, ou tout au moins qu'il s'y résigne. Il proteste contre le mariage, bien plus qu'il ne le ratifie, lorsqu'il vit séparément de son conjoint; et son silence peut s'expliquer alors, soit par la crainte du scandale que provoquerait un débat judiciaire et du bruit qui se ferait autour de son malheur, soit par l'espoir que l'autre époux n'exigera pas de lui qu'il remplisse les obligations auxquelles l'assujettit le mariage (1).

1753. 2° Cette cohabitation doit être « continuée », c'est-à-dire ininterrompue, car cette continuité même fortifie la présomption que la loi en tire. Ce n'est pas à dire qu'elle perdrait sa valeur pour avoir subi de courtes interruptions, susceptibles de s'expliquer par les circonstances (2).

1754. 3° Elle doit, d'autre part, avoir une durée de six mois au moins. Sa prolongation pendant tout ce temps a paru nécessaire pour lui donner toute sa signification, détruire toute équivoque au sujet de l'intention de l'époux, et laisser enfin à celui-ci le temps de la réflexion. N'y a-t-il pas eu pourtant exagération à cet égard? Avec certains membres du conseil d'Etat, il est permis de le trouver, et on ne peut que féliciter en tout cas Tronchet et le Tribunat d'avoir finalement fait admettre le délai de six mois, malgré l'opposition du premier consul, alors qu'il avait été primitivement porté à un an (3). Celui auquel on s'est arrêté n'est peut-être encore que trop long : est-ce que l'attitude de l'époux ne peut pas être très

(1) Demolombe, III, n. 261; Planiol, I, n. 1068 et 1069; Glasson, n. 154. — Civ. cass., 4 nov. 1822, S., 23. 1. 219, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 461.

(2) Demolombe, *loc. cit.*; Glasson, *loc. cit.*

(3) *Disc. au Cons. d'Etat*, Locré, *Lég.*, IV, p. 360, n. 38, p. 414, n. 10 s.; *Observ. du Trib., eod. loc.*, p. 455, n. 16.

suffisamment significative dès les premiers jours qui suivent la découverte du vice, et lui faut-il des mois pour se mettre en mesure de prendre parti (1)?

1755. Les inconvénients de cette disposition seraient d'ailleurs singulièrement accrus si, pendant tout le temps qu'il a pour fixer sa résolution, l'époux pouvait obliger son conjoint à la vie commune, et si, d'autre part, il lui était interdit, avant qu'il fût expiré, d'assurer définitivement par une ratification expresse la validité du mariage. Mais il n'est pas possible tout d'abord qu'il puisse ainsi, contrairement à toute morale et au grand préjudice de la réputation de son conjoint, l'astreindre à remplir pour le moment ses devoirs d'époux, quitte à le répudier par la suite, en exerçant son action en nullité. Et il faut certainement autoriser celui qui ne peut pas prendre l'initiative de cette demande à s'abstenir de la vie commune, jusqu'au jour où sa continuation lui sera absolument garantie. Il est vrai que, pour les contrats ordinaires, la possibilité de leur annulation, à la requête de l'une des parties, ne dispense pas l'autre de leur exécution provisoire. Mais on ne saurait traiter de la sorte le mariage, dont la consommation serait susceptible d'entraîner, pour l'époux qui y aurait été obligé, un dommage irréparable, et devrait lui apparaître comme la méconnaissance de ses devoirs moraux les plus stricts. Il ne dépendrait du reste que de son conjoint, ainsi qu'on le verra, d'être admis à exercer tous les droits que lui confère le mariage, en le rendant inattaquable par une ratification expresse, qui fasse évanouir tous les scrupules et toutes les appréhensions de l'autre partie (2).

1756. 4° Ce n'est enfin qu'à compter du jour de la cessation de la violence ou de la découverte de l'erreur que la cohabitation peut commencer à être envisagée comme une renonciation à se prévaloir de l'un ou de l'autre de ces vices : jusque-là ils infectent le consentement qu'on pourrait induire de cette cohabitation, et leur persistance doit faire écarter toute idée de ratification. Celle-ci ne devient admissible que du jour

(1) Cpr. Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, II, n. 451.

(2) Demolombe, III, n. 264; Demante, I, n. 254 *bis*, II, et 263 *bis*, I; Glasson, n. 154.

où l'époux peut agir librement et sait qu'il a sujet de le faire (1).

1757. Ces quatre conditions sont nécessaires, mais elles sont aussi suffisantes. Le mariage serait donc réputé ratifié, lors même que sa confirmation n'aurait pas été dans l'intention de l'époux, car la présomption légale sur le fondement de laquelle la loi dénie l'action en justice ne peut pas être combattue par la preuve contraire (art. 1352 C. civil), ou que cette confirmation tacite émanerait d'un époux mineur, car, habilité au mariage, il a par là même toute capacité pour en couvrir les vices (2).

1758. Lorsque l'action est intentée après plus de six mois de cohabitation, est-ce au demandeur à prouver qu'elle est encore recevable, parce que la violence ou l'erreur, persistant postérieurement à la célébration du mariage, n'ont cessé que depuis moins de six mois, ou au défendeur à démontrer qu'elle ne peut plus être reçue, parce que la disparition du vice remonte à plus de six mois ? La doctrine et la jurisprudence se prononcent, en général, dans le premier sens (3) ; mais il est permis, avec de rares auteurs (4), de ne point trouver leurs arguments décisifs. Vainement observent-elles qu'il appartient au demandeur d'établir le bien-fondé de son action, et par conséquent de justifier qu'il est encore dans le délai utile pour la former. Car le principe « *ei qui dicit incumbit onus probandi* » paraît satisfait dès qu'il démontre la réalité des faits sur lesquels il appuie sa demande. Il est vrai qu'une fin de non-recevoir peut être opposée à cette dernière ; mais c'est à celui qui l'élève qu'incombe la justification de son existence, et partant c'est à lui à prouver que la cessation de la violence ou l'erreur est, comme la cohabitation, ancienne de plus de six mois. Il ne saurait échapper à cette obligation sous ce prétexte, suggéré par M. Demolombe, que, niant qu'il y ait un vice du consen-

(1) Planiol, I, n. 1068.

(2) Glasson, n. 154.

(3) Aubry et Rau, V, § 462, p. 70, n. 21, et IV, § 339, p. 281, n. 38; Demolombe, III, n. 262; Duranton, II, n. 277; Glasson, n. 155; Fuzier-Herman, art. 181, n. 8. — Civ. rej., 20 avril 1869, S., 69. 1. 303, D., 69. 1. 460.

(4) Laurent, II, n. 452; Huc, II, n. 127.

tement, il lui est impossible de prouver à quelle époque il a cessé : il serait trop aisé de lui répondre que ce vice est d'ores et déjà tenu pour constant, puisqu'on en est à apprécier la valeur de la fin de non-recevoir. Quant au demandeur en nullité, ne doit-il pas être dans la même situation que le demandeur en divorce auquel son conjoint opposerait une réconciliation? Or ne serait-ce pas à ce dernier à faire la preuve de sa réalité ?

1759. En déterminant, d'une façon précise, certaines circonstances d'où résulte la confirmation tacite du mariage, notre disposition montre assez qu'il n'en est pas d'autres dont elle puisse s'induire; et cette intention de rejeter tous les autres faits comme équivoques ressort nettement, par surcroît, des travaux préparatoires (1). Ni la consommation du mariage, à laquelle on avait d'abord songé comme devant « former le contrat par les sens », ni la grossesse de la femme et la survenance d'enfants ne peuvent être invoquées comme preuve de la ratification de l'union (2). Comment aurait-on pu, du reste, s'arrêter aux indices qu'elles fournissent, alors que le vice du consentement existait peut-être encore lorsque ces événements sont survenus, ou même que la grossesse est susceptible d'être le fruit de l'adultère? Déjà, d'ailleurs, il en était ainsi, au temps de Pothier (3), de la naissance d'enfants.

1760. Mais du moins l'action en nullité peut-elle se couvrir par la ratification expresse de l'époux auquel elle appartient (4). De ce que la loi ait cru devoir s'expliquer sur la

(1) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 359, n. 37, et p. 415, n. 12.

(2) Aubry et Rau, V, § 462, p. 70, n. 20; Demolombe, III, n. 263; Toullier, I, n. 610; Valette sur Proudhon, I, p. 433, note *a;* Laurent, II, n. 453; Huc, II, n. 127; Planiol, I, 1070; Vazeille, I, n. 260 et 261 ; Glasson, n. 151 et 156; Fuzier-Herman, art. 181, n. 4 s. — Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, quest. 3 sur l'art. 185; Duranton, II, n. 279 s.; Demante, I, n. 263 *bis*, I. — Civ. cass., 4 nov. 1822, S., 23. 1. 219, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 461. — Cpr. Paris, 30 déc. 1861, sous Cass., S., 64. 1. 45, D., 63. 1. 426.

(3) *Op. cit.*, n. 318.

(4) Aubry et Rau, V, § 462, p. 70, n. 19; Demolombe, III, n. 264; Demante, I, n. 263 *bis*, I; Toullier, I, n. 610; Duranton, II, n. 282; Valette sur Proudhon, I, p. 433, note *a*, et *Expl. somm.*, p. 108; Marcadé, I, art. 181-II, n. 645; Laurent, II, n. 453; Huc, II, n. 128; Beudant, I, n. 280; Vazeille, I, n. 261; Glasson, n. 152; Fuzier-Herman, art. 181, n. 1 s. — *Contra :* Planiol, I, n. 1070.

confirmation tacite, pour couper court à l'arbitraire, on ne saurait induire qu'elle ait entendu exclure, comme inopérante, une manifestation formelle de volonté, dont l'efficacité était déjà reconnue dans notre ancien droit (1). Ce n'est pas en effet parce que ce mode de ratification peut intervenir en un trait de temps, sous la forme d'une simple déclaration, qu'il est permis de considérer comme douteuse l'intention qui y préside. Qu'il puisse être rejeté en fait, lorsque cette résolution n'apparaît pas comme certaine ou que la liberté de celui qui l'a expressément manifestée ne semble pas avoir été entière, rien de mieux. Mais il serait déraisonnable de le destituer, *a priori,* des effets que produit une confirmation tacite, laquelle résulte, après tout, de circonstances qui n'impliquent pas nécessairement, en dépit du temps qui s'est écoulé sans réclamation, la volonté chez l'époux de renoncer à son droit. Aussi l'art. 183 admet-il formellement, dans une hypothèse voisine de la nôtre, la validité de la ratification expresse émanée des ascendants auxquels appartient l'action en nullité, et la doctrine reconnaît-elle l'efficacité de cette ratification, malgré le silence de cette disposition, de la part des époux eux-mêmes qui ont atteint leur majorité. Or on cherche vainement la raison qui commanderait une distinction entre les deux nullités, tandis qu'on aperçoit de suite les motifs d'utilité pratique qui doivent la faire écarter. La faculté de ratifier expressément un mariage annulable pour cause d'erreur ou de violence permet seule, en effet, aux époux de consentir immédiatement à la vie commune, sans que l'un d'eux soit exposé par la suite à une honteuse répudiation, puisqu'il n'y a que ce moyen de le rendre désormais inattaquable, avant l'expiration des six mois. Bien mieux, seule aussi cette faculté rend possible la validation, par l'époux violenté ou induit en erreur, d'une union qui s'est dissoute par le décès de l'autre conjoint, survenu dans les six premiers mois de la cessation du vice, puisque cet événement fait de la confirmation tacite une impossibilité absolue.

On s'accorde du reste généralement à reconnaître que la

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 309.

ratification expresse, qui, comme l'autre et pour les mêmes raisons, peut émaner aussi bien d'un mineur que d'un majeur (1), n'est pas assujettie aux formes requises par l'art. 1338, notre matière étant toute spéciale : il suffit à sa validité que la certitude et la sincérité en soient établies, ce qui est une question de fait (2).

1761. A défaut de ratification, soit expresse, soit tacite, les époux n'ayant jamais cohabité ensemble de telle façon que celle-ci pût en résulter, l'action en nullité pourra-t-elle être exercée indéfiniment, sans qu'à aucune époque on puisse lui opposer une fin de non-recevoir tirée de la prescription ? L'affirmative a été soutenue (3), sous ce prétexte que les actions en réclamation d'état, parmi lesquelles, dit-on, figure celle-là, sont toutes imprescriptibles (art. 328). Mais on a victorieusement répondu que la loi ne formule nulle part cette prétendue règle, et qu'on ne saurait appliquer à toutes les actions de cette nature, à supposer que ce soit bien celle de l'action en nullité, une disposition qui n'est écrite que pour certaines d'entre elles. Le principe est que toutes les actions sont prescriptibles (art. 2262) : l'interprétation restrictive est donc de rigueur pour tous les textes qui consacrent une exception au droit commun. Vainement Demante objecte-t-il que « plus est long l'espace de temps écoulé sans cohabitation, moins il serait raisonnable d'en induire l'intention de confirmer le mariage, et plus il serait par conséquent injuste de déclarer l'action éteinte ». Cette objection porte à faux, en ce qui concerne du moins la prescription trentenaire, qui n'est aucunement fondée sur une présomption de ratification, et qui seule ici est, selon nous, applicable.

Ce n'est pas qu'on ne soit tenté tout d'abord d'appliquer à notre action la prescription de dix ans, organisée par l'art. 1304 pour « tous les cas où l'action en nullité ou en

(1) Demolombe, III, n. 267 ; Duranton, II, n. 284 ; Glasson, n. 152.

(2) Cpr. Demolombe, III, n. 265 et 266 ; Duranton, II, n. 583 ; Marcadé, I, art. 181-II, n. 645 ; Valette sur Proudhon, I, p. 433, note *a* ; Fuzier-Herman, art. 181, n. 2 s. ; Glasson, n. 152. — Cf. cep. Demante, I, n. 263 *bis*, I.

(3) Demante, I, n. 263 *bis*, II ; Valette, *Explic. somm.*, p. 108 et 420. — Trib. Sartène, 11 juil. 1859, *Le Droit*, 5 et 6 sept. 1859.

rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière », et spécialement pour ceux où elle procède des vices d'erreur ou de violence. Mais, outre que les règles établies par le législateur pour les contrats en général sont loin d'être toujours applicables au mariage, dont la nature est si originale, il se trouve précisément régi, au point de vue de ces deux vices, par des dispositions toutes spéciales. Et leur sanction doit être d'autant moins recherchée dans l'art. 1304 que, d'une part, on peut fortement soutenir qu'il est inapplicable aux conventions étrangères au patrimoine, et que, d'autre part, la prescription décennale est certainement fondée sur une idée de ratification tacite. Or justement celle-ci ne peut s'induire d'autres circonstances que celles qui ont été déterminées par l'art. 181. Reste la prescription du droit commun (art. 2262), à laquelle il faut nécessairement s'arrêter (1).

1762. Est-ce à dire qu'après trente ans depuis le jour de la célébration du mariage, l'époux dont le consentement a été vicié ne puisse aucunement se prévaloir de la nullité, pas même, à défaut de l'action désormais prescrite, par voie d'exception, et en réponse à une demande qui implique la validité de son union? La solution de cette question dépend de celle d'une autre difficulté beaucoup plus générale, qu'on ne saurait examiner ici. Si la règle ancienne « *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* » a été, comme on le décide d'ordinaire, consacrée par notre droit moderne, on ne voit pas pourquoi elle devrait rester sans application au mariage, car les mêmes motifs qui l'ont fait admettre en commandent l'extension à celui-ci (2). D'une part, la prescription doit rester impuissante à valider un mariage contre lequel l'existence séparée des deux conjoints constitue une

(1) Aubry et Rau, V, § 462, p. 70 et 71, n. 22, et IV, § 339, p. 275, n. 17; Marcadé, I, art. 181-III, n. 646; Laurent, II, n. 454; Huc, II, n. 129; Planiol, I, n. 1069; Glasson, n. 157 et 158; Fuzier-Herman, art. 181, n. 10 s. — *Contra :* Demolombe, III, n. 268; Duranton, II, n. 278; Valette sur Proudhon, I, p. 433, note *a*; Duvergier sur Toullier, I, n. 610, note *a*.

(2) Demolombe, III, n. 269; Glasson, n. 158. — *Contra :* Allemand, I, n. 595. — Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, art. 183, 5e et 6e quest.; Aubry et Rau, VIII, § 771, p. 424 s.

continuelle protestation, de telle sorte que chacun d'eux a bien moins la possession d'état d'époux que celle, toute contraire, de personne non mariée. Comment la prescription pourrait-elle ainsi, loin de consolider juridiquement une situation de fait préexistante, la transformer en une condition tout opposée? D'autre part, on comprend qu'il soit permis, à l'époux auquel est réservé le droit d'agir, de ne pas prendre l'initiative d'un débat si pénible, alors peut-être que l'on ne se prévaudra jamais à son encontre de la qualité qu'il répudie et des devoirs qu'elle lui impose, sauf, si on s'en réclame un jour, à faire valoir, en dépit du temps écoulé, tous ses moyens de défense. Tous ces motifs ont même un tel caractère de généralité, qu'ils excluent toutes les distinctions qui ont été proposées pour l'application de la maxime romaine à notre matière.

1763. Quant à la possession de l'état d'époux, dont le défendeur à l'action en nullité se prétendrait revêtu, elle ne saurait par elle-même, à notre sens, constituer une fin de non-recevoir susceptible de faire écarter la demande. Outre que cette possession ne saurait guère s'acquérir sans une cohabitation qui peut seule lui donner une base ferme, elle ne pourrait valoir comme une sorte de ratification tacite, en présence de la disposition restrictive de l'art. 181. Et on verra, d'un autre côté, que l'art. 196 ne lui donne pas, de l'aveu presque unanime, la force de couvrir les vices intrinsèques dont le mariage se trouve entaché (1).

II. Deuxième cause de nullité : *Défaut de consentement de la famille.*

1. *Des personnes qui peuvent se prévaloir de la nullité.*

1764. Le mariage est encore entaché de nullité lorsque l'un des époux, supposé mineur, n'a pas obtenu le consentement de ses ascendants ou du conseil de famille, suivant les distinctions des art. 148 à 150, 159 et 160, ou lorsque, tout au moins, ce consentement a été vicié dans sa moralité et

(1) Aubry et Rau, V, § 462, p. 71, n. 23; Demolombe, III, n. 328; Fuzier-Herman, art. 181, n. 7; Glasson, n. 156.

qu'il a été donné par erreur, extorqué par violence, ou surpris par dol (1). Mais cette nullité n'est que relative, n'étant fondée que sur un double intérêt privé, celui de l'autorité des membres de la famille, qui n'a pas été respectée, et celui du mineur, qui a échappé à la protection organisée par la loi.

1765. C'est dire tout d'abord que l'action en nullité ne compète de ce chef qu'à certaines personnes. L'art. 182 les détermine en ces termes : « *Le mariage contracté sans le* » *consentement des père et mère, des ascendants, ou du con-* » *seil de famille, dans les cas où ce consentement était néces-* » *saire, ne peut être attaqué que par ceux dont le consente-* » *ment était requis, ou par celui des deux époux qui avait* » *besoin de ce consentement.* »

L'action appartient donc, en premier lieu, à celui des conjoints qui s'est passé du consentement qui devait l'habiliter au mariage. Il doit être admis, comme d'habitude, à se prévaloir de sa propre incapacité, car, s'il est peut-être exagéré de répéter, après Pothier (2), que son consentement personnel est présumé entaché de séduction, toujours est-il que la loi ne le considère pas comme suffisant pour le lier (3). Et comme, pour la protection qu'elle a voulu lui assurer, c'est la même chose que de n'avoir pas obtenu de consentement du tout ou de n'avoir obtenu que l'assentiment d'une volonté qui ne s'est pas affirmée en pleine liberté ou en connaissance de cause, il semble bien que cette action continuerait, en principe, à appartenir, dans le dernier cas, à l'époux, et qu'elle ne devrait pas être réservée à sa famille (4).

1766. Cette action appartient ensuite à « ceux dont le consentement était requis ». Il faut donc se reporter à l'époque de la célébration du mariage, et non pas se placer à la date

(1) Aubry et Rau, V, § 462, p. 75, n. 43, et § 466, p. 107, n. 5 et 6; Demolombe, III, n. 52; Demante, I, n. 264 *bis*, I.

(2) *Op. cit.*, n. 446.

(3) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 323 et 324, n. 13 et 14; p. 416 s., n. 13; Merlin, *Rép.*, v° *Empêch. de mar.*, § 4, art. 7, n. 2; Aubry et Rau, V, § 462, p. 75, n. 45; Demolombe, III, n. 271; Duranton, II, n. 295; Laurent, II, n. 456; Huc, II, n 131; Planiol, I, n. 1074; Surville, I, n 175.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 75. — *Contra* : Demante, I, n. 264 *bis*, I.

où l'action est intentée, pour déterminer quels sont ceux qui peuvent l'exercer (1). Ce principe, qui paraît simple, a été pourtant entendu de façons très différentes : son application varie du tout au tout, suivant qu'on interprète dans tel ou tel sens le terme « requis », qu'emploie notre disposition. Le prend-on comme synonyme de nécessaire? Peuvent seuls alors se prévaloir de la nullité ceux sans le consentement desquels le mariage ne peut pas être valable : il est possible que d'autres personnes doivent être consultées en même temps qu'eux, mais elles ne sauraient, quant à elles, prendre l'initiative d'une attaque. Un consentement doit-il être, au contraire, considéré comme requis par cela seul qu'il doit être au moins sollicité, demandé, et lors même que la volonté de celui qui est appelé à le donner serait susceptible d'être primée par une autre? Le cercle des personnes qui ont la faculté d'attaquer le mariage s'étend alors, quoique cette faculté puisse être paralysée, à l'égard de certaines d'entre elles, par l'état de dépendance ou d'égalité dans lequel elles se trouvent par rapport à d'autres personnes qui en jouissent également.

Nous estimons que le terme « requis » doit être pris dans la première de ces deux acceptions. C'est ce qui semble bien résulter d'abord du contexte de l'art. 182, qui, après avoir au début visé les cas où le consentement est « nécessaire », accorde, à la fin, l'action à l'époux qui en avait « besoin », et de l'art. 183, qui prévoit la ratification du mariage par ceux dont l'autorisation avait ce même caractère de nécessité. Or ce caractère n'appartient pas au consentement des parents que la loi oblige simplement de consulter, sans donner à leur résistance la force d'un obstacle invincible. Le futur époux en a si peu « besoin », qu'après leur avoir demandé leur avis, il peut donner suite à son projet, s'il a déjà reçu une autre approbation. Puis, au fond des choses, il est bien permis de dire que leur autorité personnelle n'a pas été réellement méconnue : car, ou elle ne venait en quelque sorte qu'en sous-ordre, à raison de la prépondérance reconnue à d'autres

(1) Laurent, II, n. 457; Huc, II, n. 130. — Cpr. Planiol, I, n. 1076.

volontés, ou tout au moins elle ne venait qu'en partage avec elles, à raison du droit égal dont celles-ci étaient investies. Quoi de plus naturel, alors, qu'au premier cas ces parents ne puissent point recourir à l'action en nullité pour faire respecter leur droit, primé qu'il est par un autre, et qu'ils ne le puissent, au second, qu'avec l'assentiment de ceux qui partagent ce droit avec eux?

1767. Ainsi entendu, le principe conduit aux applications suivantes :

1° Il est sans difficulté que, lorsqu'un enfant mineur se marie sans le consentement du survivant de ses père et mère, l'action en nullité n'appartient qu'à celui-ci (1).

1768. 2° S'il se marie sans le consentement de ses père et mère, tous deux vivants et en état de manifester leur volonté, l'action ne compète, selon nous, qu'au père (2), contrairement à l'opinion générale qui en investit les deux ascendants. Elle n'est même pas susceptible d'être exercée par la mère, lorsque son mari ne veut pas ou ne peut pas (3) l'exercer lui-même, pour quelque cause que ce soit. Notre motif est simplement que le consentement de la mère n'est vraiment pas « nécessaire », quoiqu'il doive être demandé, et que le seul dont l'enfant ait réellement « besoin » est celui de son père. Si donc il parvient à se marier avant de l'avoir obtenu, le père seul voit son autorité outragée, et seul il doit avoir le moyen de la faire respecter. Quant à la mère, elle ne doit pas plus pouvoir alors attaquer le mariage, qu'elle ne le pourrait, si elle avait été seule à n'être pas consultée (4).

Son droit, sous ce rapport, n'est pas seulement, comme on l'admet dans l'opinion opposée, paralysé par la présence de son mari, de telle sorte que l'impossibilité pour lui de manifester sa volonté en fasse retrouver l'exercice à sa femme : il n'existe même pas, à raison de l'état de dépendance et d'infé-

(1) Aubry et Rau, V, § 462, p. 75.

(2) Planiol, I, n. 1073-1°. — *Contra :* Aubry et Rau, V, § 462, p. 72, n. 26; p. 75 et 76, n. 46; Demolombe, III, n. 272; Demante, I, n. 264 *bis*, IV; Duranton, II, n. 286; Vazeille, I, n. 266; Allemand, I, n. 577.

(3) Marcadé, I, art. 182-II, n. 648; Laurent, II, n. 457. — *Contra :* les auteurs cités note 2, *supra*. — Cpr. Planiol, *loc. cit.;* Fuzier-Herman, art. 182, n. 4 et 9.

(4) *Contra :* Paris, 20 déc. 1866, sous Cass., S., 67. 1. 341, D., 67. 1. 354.

riorité dans lequel elle est, à cet égard, placée vis-à-vis de son époux. Ne reconnaît-on pas, d'ailleurs, que le seul silence de celui-ci, tant qu'il est vivant et en état d'exercer ses droits, condamne la mère à l'inaction, « parce que la ratification expresse ou tacite du père équivaut à un consentement de sa part »? Or pourquoi voudrait-on interpréter autrement son silence, dès qu'il est mort ou qu'il n'a plus l'exercice de ses facultés? Il paraît plus logique de continuer à le traduire dans le sens d'une abstention volontaire, devant laquelle la femme est aussi bien tenue de s'incliner que devant une résolution formelle. Vainement objecte-t-on que les père et mère paraissent également investis par l'art. 182 de l'action en nullité, puisqu'on s'accorde à en priver cette dernière tant que son mari peut l'intenter. La vérité est que notre disposition ne l'accorde à la femme que lorsque son consentement est effectivement nécessaire, ce qu'il n'est réellement pas ici.

1769. 3° Lorsqu'un enfant qui n'a pas atteint sa majorité se marie sans le consentement de ses ascendants paternels et maternels, appelés à le lui donner à défaut de ses père et mère, l'action en nullité ne peut pas, selon nous, être exercée par l'aïeul ou l'aïeule d'une ligne sans le consentement des ascendants de l'autre; et, dans chaque ligne, l'action née en la personne de l'aïeul ne passe pas à l'aïeule, après qu'il est hors d'état de l'exercer (1). D'abord, toutes les considérations qu'on a fait valoir à l'appui de la solution précédente justifient la seconde partie de cette proposition. Et, quant à la première, sa vérité résulte de ce que, lorsque les deux lignes sont représentées, les ascendants de l'une ne peuvent pas dire que leur consentement était « nécessaire », puisque le mariage était possible avec la seule approbation de l'autre. Ils ne peuvent le prétendre tel que lorsque les ascendants de la ligne opposée se joignent à leur action, ou consentent tout au moins à son exercice, puisqu'il résulte de cet accord que l'union attaquée ne s'autorise d'aucun des assentiments sus-

(1) Laurent, II, n. 457. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 76, n. 48; Demolombe, III, n. 274; Demante, I, n. 264 *bis*, IV; Duranton, II, n. 291; Fuzier-Herman, art. 182, n. 5 et n. 11 s.; et les autorités citées note 2 de la p. 382. — Cpr. Huc, II, n. 130; Planiol, I, n. 1073-2° et 3°. — Agen, 24 oct. 1888, S., 92. 2. 310.

ceptibles d'en assurer la validité. Ne reconnaît on pas d'ailleurs, dans la doctrine opposée, soit que « l'une des lignes ne peut exercer l'action contre le gré de l'autre » (1), soit, dans une formule qui ne paraît pas absolument équivalente, qu'elle ne « peut l'intenter qu'autant que l'autre ne ratifie pas » (2) ? Or c'est bien, semble-t-il, admettre que l'action n'appartient pas isolément aux ascendants de chaque ligne, car, si chacune en avait une distincte, comment l'opposition ou la ratification d'une ligne pourrait-elle éteindre l'action que possède l'autre ?

1770. Enfin, en décidant que la demande en nullité exige le consentement, sinon le concours, des deux lignes, on évite une grave difficulté, susceptible de se produire, dans l'opinion adverse, au cas où, les ascendants d'une ligne ayant introduit l'action, ceux de l'autre ratifient le mariage pendant le cours de l'instance. Cette ratification est généralement, et avec raison selon nous, considérée comme devant mettre fin à l'instance (3), contrairement au principe que la recevabilité d'une action doit être appréciée d'après ses caractères au jour de la demande. On considère qu'il serait déraisonnable d'obliger le juge à prononcer l'annulation d'un mariage auquel ne manque plus le consentement requis et qui pourrait être, aussitôt après, célébré de nouveau, avec ce seul consentement. Mais ne vaut-il pas mieux encore obliger tous ceux qui peuvent attaquer le mariage ou en couvrir la nullité, à se mettre d'accord, avant de recevoir aucune réclamation contre sa validité ? Et, d'autre part, comment admettre l'indépendance prétendue des droits qui compètent aux deux lignes, alors qu'il dépend de l'une d'anéantir complètement le droit de l'autre ?

1771. 4° Lorsqu'un enfant légitime qui n'a plus d'ascendants se marie, en état de minorité, sans le consentement du conseil de famille, l'action en nullité appartient, non pas indi-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 76, n. 47.

(2) Demolombe, *loc. cit.*

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 76, n. 47 ; Demolombe, III, n. 275 ; Demante, I, n. 265 *bis*, IV ; Duranton, II, n. 291 ; Planiol, I, n. 1073-3°. — Paris, 1er fév. 1894, D., 94. 2. 456.

viduellement à chacun de ses membres, car ce n'est pas son consentement personnel qui était nécessaire, mais à l'assemblée seule, qui devait le donner. Et elle lui appartient quelle que soit la composition de cette assemblée au jour où elle l'exerce : c'est à elle, abstraction faite de la personne de ceux qui y siègent, que le droit compète, et par suite il importe peu qu'elle se soit plus ou moins complètement renouvelée. Le conseil doit, du reste, agir par l'intermédiaire d'un mandataire, qu'il peut prendre dans son sein, si ce n'est le tuteur (1).

1772. Avant la loi de 1907, l'analogie aurait conduit rationnellement à décider que, lorsqu'un enfant naturel non reconnu, ou, si sa filiation était légalement constante, dont les auteurs étaient dans l'impossibilité de manifester leur volonté, se mariait sans le consentement, alors exigé, du tuteur *ad hoc* (art. 159), la nullité de son mariage pouvait être demandée, soit par ce tuteur, soit par l'enfant lui-même. Ainsi l'auraient exigé le respect de l'autorité qui avait été méconnue, et l'intérêt surtout du mineur qui s'était soustrait à la protection légale. Qu'importaient en effet, sous ce rapport, la nature de sa filiation et la qualité de celui qui était chargé d'approuver ses vues?

Mais cette analogie avait-elle été réellement consacrée par la loi? C'est ce qu'il ne semblait pas (2). On sait qu'en matière de mariage il n'y a pas de nullités virtuelles. Or celle-là ne ressortait, ni des termes de l'art. 159, dont la disposition ne pouvait être, contrairement à la théorie de Valette et de Demante, considérée comme irritante, alors qu'aucune autre disposition relative au même objet n'était reconnue comme telle, ni de l'art. 182, qui laissait manifestement en dehors de ses prévisions cette situation particulière. Vainement prétendait-on, en effet, qu'en édictant la nullité du mariage contracté sans l'assentiment du conseil de famille,

(1) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 416 s., n. 13; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 76, n. 49; Demolombe, III, n. 276; Demante, I, n. 264 *bis*, V; Toullier, I, n. 613; Duranton, II, n. 292; Laurent, II, n. 459; Huc, II, n. 130; Vazeille, I, n. 263; Fuzier-Herman, art. 182, n. 15.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 81, n. 73 et § 463, p. 84, n. 13; Zachariæ, éd. Massé et Vergé, I, § 127, p. 213, n. 39; Laurent, II, n. 460; Huc, II, n. 130; Vazeille, I, n. 269; Fuzier-Herman, art. 182, n. 17 s.

cet article visait du même coup celui qui était célébré sans l'autorisation du tuteur *ad hoc,* lequel remplissait le rôle du conseil, en la circonstance, et en était même le délégué. Car, eût-il été prouvé, ce qui était au moins douteux, que sa nomination émanait de ce dernier, il n'en restait pas moins que, par sa personne, par sa fonction, et par son nom, il s'en distinguait complètement : comment le comprendre alors, avec ce conseil, sous une même désignation? Il était si vrai, au surplus, que celle-ci ne parut pas aux rédacteurs du code civil devoir s'appliquer à la fois à cette assemblée et au tuteur, que le Tribunat proposa de viser spécialement ce dernier, pour réparer ainsi une omission qui lui semblait regrettable (1). Or, de ce que cette addition n'avait pas été faite, alors qu'on donnait satisfaction à une autre observation du même Corps, on ne pouvait raisonnablement conclure, en l'absence de toute indication à ce sujet, qu'elle avait été jugée inutile, mais bien seulement qu'on n'en avait pas finalement approuvé le principe Peut-être, en définitive, comme le suggéraient MM. Aubry et Rau, le conseil d'Etat s'était-il décidé à laisser dépourvu de toute sanction l'art. 159, par cette considération qu'en l'espèce aucun intérêt de famille ne se trouvait engagé. Cette supposition semblait, en tout cas, beaucoup plus admissible que celle de M. Laurent, d'après qui on avait pu vouloir ne pas sanctionner ainsi « l'inobservation d'une formalité indifférente » : car, si elle avait été jugée telle, on n'eût pas manqué de la supprimer.

En s'écartant du texte de la loi, la doctrine adverse était tombée, du reste, dans une difficulté nouvelle : à supposer qu'elle fût fondée, l'action en nullité qui naissait de la violation de l'art. 159 n'appartenait-elle qu'à l'enfant, ou pouvait-elle être intentée par le tuteur lui-même? Les uns (2) professaient l'opinion la plus restrictive, par ces motifs que, s'il n'avait même pas été nommé de tuteur, il n'y avait personne, lors

(1) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 431, art. 29, et p. 464, art. 33; *Obs. du Trib.*, p. 455 et 456, n. 17.

(2) Demolombe, III, n. 278; Duranton, II, n. 294; Valette sur Proudhon, I, 434, note *a;* Delvincourt, I, p. 78, note 2; Marcadé, I, art. 182-III, n. 650; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 323; Allemand, I, n. 572.

du mariage, dont le consentement fût nécessaire, et que, dans le cas contraire, sa fonction ne survivait pas à la célébration du mariage sur l'opportunité duquel il avait dû se prononcer. Les autres (1), dont les vues paraissaient plus concordantes avec le fondement de l'opinion commune, étendaient jusqu'au tuteur le droit de faire annuler l'union. D'une part, sa mission leur paraissait logiquement « comprendre, avec le pouvoir d'accorder ou de refuser le consentement, celui de poursuivre les conséquences légales du défaut de consentement ». Et, d'autre part, au cas même où il n'en avait pas été nommé, il ne leur semblait pas défendu de faire procéder à cette désignation, même après la célébration de l'union, pour décider de son sort. Pourquoi, en effet, l'enfant naturel aurait-il été moins protégé dans cette dernière hypothèse ?

1773. Mais cette situation a changé depuis la loi du 21 juin 1907. Elle a substitué, on le sait, au tuteur *ad hoc* du régime antérieur, le conseil de famille de l'enfant naturel, et le rôle de ce conseil est rempli, suivant la loi du 2 juillet de la même année, par le tribunal civil, soit du lieu de sa résidence, soit du lieu du domicile que celui de ses auteurs sous la tutelle de qui il se trouve avait au moment où il a été reconnu.

L'art. 182 C. civ., qui permet l'annulation du mariage contracté sans le consentement du conseil de famille, dans le cas où il était requis, s'applique donc désormais au mariage d'un enfant naturel, comme à celui d'un enfant légitime.

En conséquence, ce mariage peut être annulé, et l'action en nullité est exercée par celui de ses membres que le tribunal délègue à cet effet. Peut-être aussi le tribunal pourrait-il charger de cet exercice le ministère public.

1774. Tels sont ceux à qui la loi réserve cette action en nullité. Il n'y en a pas d'autres, car elle est exclusivement attachée à la personne de ceux dont l'autorité a été méconnue ou qui, en la méconnaissant, se sont privés de la protection à laquelle ils avaient droit (2).

(1) Demante, I, n. 260 *bis*, III, et 264 *bis*, VI. — Cpr. Planiol, I, n. 1072 et 1073.
(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 76. — Cpr. Lyon, 18 janv. 1894, S., 97. 2. 113, D., 94. 2. 222.

Cette proposition engendre trois conséquences :

1° L'action ne peut certainement pas être exercée par des créanciers agissant en vertu de l'art. 1166 (1).

1775. 2° Elle ne peut pas non plus être intentée par les héritiers de l'ascendant ou de l'époux auquel elle appartenait, quand il ne l'a pas exercée avant sa mort (2), et elle ne peut même pas être continuée par eux, dans le cas où leur auteur l'a lui-même introduite (3). Telle est du moins l'opinion générale, à laquelle nous nous rallions. Elle se justifie, quant à la seconde hypothèse, par toutes les considérations qui ont été déjà présentées au sujet d'une question identique (4). Mais, plus fidèles que d'autres à la doctrine qu'ils ont professée sur celle-ci, certains auteurs (5) admettent les héritiers de l'époux, décédé après avoir formé sa demande, à la soutenir eux-mêmes; quant à ceux des ascendants, s'ils leur refusent cette même faculté, c'est apparemment parce que ces héritiers ne succèdent pas à l'autorité dont leur auteur était investi.

1776. 3° Enfin, après la mort des ascendants auxquels elle compète, cette action ne passe pas à ceux qui hériteraient de leur autorité, s'il s'agissait de donner actuellement un consentement au mariage (6). Ainsi celle qui appartient au père veuf ne passe pas aux aïeuls, celle des aïeuls aux ascendants d'un degré plus éloigné, et celle de ces derniers au conseil

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 76, n. 50, et IV, § 312, p. 125, n. 31 ; Demolombe, III, n. 279 ; Planiol, I, n. 1075 ; Beudant, I, n. 282.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 76, n. 51 ; Demolombe, *loc. cit.;* Demante, I, n. 264 *bis*, IV ; Duranton, II, n. 289 ; Toullier, I, n. 630 ; Laurent, II, n. 458 ; Huc, II, n. 130 et 134 ; Planiol, *loc. cit.;* Beudant, I, n. 282 ; Vazeille, I, n. 267 ; Fuzier-Herman, art. 182, n. 13 s. ; art. 183, n. 13. — Caen, 22 mai 1850, S., 52. 2. 566, D., 53. 2. 179. — Bastia, 7 mai 1859, S., 60. 2. 333, D., 60. 2. 158. — Cpr. Req. rej., 18 juill. 1860, S., 60. 1. 616, D., 60. 1. 299.

(3) Demolombe, III, n. 279 ; Demante, *loc. cit.;* Laurent, II, n. 458 ; Huc, *loc. cit.*

(4) Cf. *supra*, n. 1749.

(5) Aubry et Rau, *loc. cit*, et p. 69, n. 17 ; Duranton, II, n. 290 ; Vazeille, *loc. cit.*

(6) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 77, n. 52 ; Demolombe, III, n. 280 ; Demante, *loc. cit.* ; Toullier et Duvergier, I, n. 613 ; Duranton, II, n. 290 ; Marcadé, I, art. 182-II, n. 648 ; Huc, II, n. 130 ; Planiol, I, n. 1076 ; Fuzier-Herman, art. 182, n. 6 s. ; art. 183, n. 13. — *Contra :* Valette, *Explic. somm.*, p. 109 ; Vazeille, I, n. 268 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 323. — Cpr. Bastia, 7 mai 1859, précité. — Toulouse, 24 fév. 1879, S., 80. 2. 54.

de famille. Le texte de l'art. 182, quoi qu'on en ait dit, ne comporte pas d'autre interprétation. Il n'accorde l'action qu'à ceux dont le consentement « était » nécessaire, et qui par conséquent, appelés à manifester leur volonté lors de la célébration du mariage, l'ont refusé ou n'ont même pas été consultés. Or telle n'est pas la situation de toutes les personnes qui, à cette époque, n'avaient aucun pouvoir sur le futur époux. On peut regretter, sans doute, que le droit d'attaquer le mariage ne réside pas toujours en la personne de ceux auxquels appartient actuellement la puissance quant au mariage, de façon que cette puissance ne reste jamais sans sanction et celui qui y est soumis sans protection. Mais il n'est guère possible de soutenir, en présence de notre texte, que tel a été le système adopté par la loi.

1777. Faut-il encore déduire de notre proposition que, lorsqu'un ascendant n'a pas eu à donner son consentement au mariage, parce qu'il était alors dans l'impossibilité légale, physique ou morale de manifester sa volonté, il lui est interdit de l'attaquer après que cette impossibilité a cessé, et lorsque l'autorité de celui qui était appelé à consentir à son défaut a été méconnue? C'est un enfant mineur, par exemple, sans autres ascendants que son père, et qui se marie à la fois sans son consentement, parce que ce dernier est absent, et sans celui du conseil de famille, qu'il juge superflu de consulter : l'action appartient-elle à cette assemblée ou au père de retour? Cette difficulté diffère de la précédente, en ce point qu'il s'agit, non pas d'une transmission de l'action, mais de sa reprise par la personne à laquelle elle aurait dû normalement appartenir, n'étaient des circonstances toutes spéciales; mais elle n'en est que plus délicate.

D'un côté, en effet, cette action ne semble pouvoir être exercée, d'après le texte même de l'art. 182, que par celui qui, à défaut de l'ascendant, a hérité de son autorité, puisqu'il n'y a que lui dont le consentement fût nécessaire au jour du mariage : peu importe, à ce point de vue, que le droit de l'accorder lui soit passé par suite du décès de l'ascendant ou pour toute autre cause. D'un autre côté, il paraît singulier que l'ascendant, désormais en situation d'affirmer

sa volonté, doive laisser le sort du mariage de son enfant à la merci de personnes assurément moins qualifiées pour en décider, et qu'il ne puisse, ni en demander l'annulation, s'il est déplorable, ni le ratifier, si le maintien en est préférable. Quant à lui permettre de le valider par son approbation, tout en continuant à lui interdire de l'attaquer, ce tiers parti ne paraîtrait point admissible, quoi qu'il ait été soutenu (1), car ce serait ajouter une étrangeté de plus à la situation, sans en supprimer au reste tous les inconvénients, que d'accorder le pouvoir de ratifier à celui qu'on priverait du droit d'action, auquel une confirmation a justement pour objet de renoncer !

Mieux vaut, à notre sens, en choisissant entre les deux termes de l'alternative, rendre à l'ascendant tous les droits dont il avait été temporairement dépouillé, en faisant prévaloir l'esprit de la loi sur son texte, qui est susceptible d'ailleurs d'être plié à cette interprétation. Effectivement, pourrait-on dire, c'est le consentement de l'ascendant qui, dans la réalité, seul était nécessaire ; il n'a été que remplacé, suppléé par celui des personnes appelées à être consultées, au défaut de cet ascendant. Mais il nous paraît moins subtil, et surtout moins contestable, de faire simplement observer que rien n'est plus raisonnable que de faire revenir l'autorité entre les mains de ceux qui devaient l'exercer, dès qu'ils sont capables de le faire, sauf à respecter, bien entendu, les actes de ceux auxquels elle avait été provisoirement dévolue (2).

2. *Des modes de confirmation du mariage.*

1778. Comme celle qui procède des vices du consentement des époux, la nullité résultant du défaut de consentement de la famille est susceptible de se couvrir, car, comme elle, elle repose sur des intérêts privés. Deux sortes de fins de non-recevoir peuvent être opposées à l'action, aux termes de l'art. 183, suivant qu'elles résultent de la confirmation des ascendants ou du conseil de famille, ou de la ratification de

(1) Valette sur Proudhon, I, p. 436, note *a*.

(2) Demolombe, III, n. 273; Duranton, II, n. 288. — *Contra :* Allemand, I, n. 577 et 578; Dalloz, *Rép.*, v° *Mariage*, n. 475 et 476; Fuzier-Herman, art. 182, n. 10.

l'époux lui-même. « *L'action en nullité ne peut plus être intentée ni par les époux, ni par les parents dont le consentement était requis, toutes les fois que le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le consentement était nécessaire, ou lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage. Elle ne peut être intentée non plus par l'époux, lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage.* »

1779. 1° *Ratification des ascendants ou du conseil de famille.* — Considérée comme suppléant au consentement qui aurait dû être obtenu, et comme équivalente à une autorisation, quoique tardive, cette ratification purge le vice dont le mariage était atteint, et elle le purge même à l'égard des époux, et non pas seulement de ceux dont elle émane.

Etant donné sa nature, le droit d'approuver le mariage ne peut appartenir qu'à ceux dont le consentement pouvait seul, lors de la célébration, en assurer la validité, et qui, en son absence, peuvent seuls aussi l'attaquer. Il s'ensuit que la ratification du père éteint l'action en nullité résultant de l'absence de son consentement et de celui de la mère, et qu'après la mort de l'ascendant qui devait consentir, le droit de ratifier le mariage ne passe pas à ceux qui auraient désormais la faculté d'y donner leur autorisation (1). Il se peut, à la vérité, que la nullité ne puisse plus ainsi être couverte, pendant longtemps, par personne, l'époux n'ayant pas de son côté atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage, et que le sort de celui-ci doive rester jusque-là incertain et exposé au caprice de cet époux. Mais telle est la conséquence du système de la loi, qui s'est refusée à s'en remettre, pour la validité de l'union, à ceux qu'elle investirait actuellement du droit d'y consentir.

1780. La ratification peut être expresse ou tacite. Elle est expresse quand elle résulte d'une manifestation formelle de volonté, quel qu'en soit le mode, l'art. 1338 ne s'appliquant

(1) Demante, I, n. 265 *bis*, I et II.

pas à celle-ci (1). Toutefois, lorsqu'elle émane du conseil de famille ou du tribunal, il semble bien qu'elle ne puisse ressortir que d'une délibération prise par lui à cet effet, une assemblée n'ayant pas d'autre moyen de prendre et d'affirmer ses résolutions.

1781. Cette ratification est tacite lorsqu'elle résulte de certains faits qui impliquent, de la part de ceux auxquels appartient l'action en nullité, une renonciation à cette action, et par suite une approbation du mariage (2). Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'ascendant dont l'autorité n'a pas été respectée consent à recevoir les nouveaux conjoints et les traite comme tels, ou accepte d'être le parrain d'un enfant issu de leur union (3). Il en est encore ainsi lorsque le conseil de famille ou le tribunal accorde l'autorisation de faire certains actes à l'époux qui la sollicite, en qualité de mineur émancipé par son mariage.

1782. Aux termes mêmes de notre disposition, celui-ci est considéré comme tacitement confirmé par cela seul qu'un an s'est écoulé depuis le jour où ceux dont le consentement était nécessaire en ont eu connaissance : leur silence pendant tout ce délai implique renonciation de leur part au droit de l'attaquer (4). Peu importe, du reste, la façon dont ils apprennent la célébration de l'union, pourvu qu'elle leur soit désormais connue d'une façon certaine. Pour ce qui est du conseil de famille cependant, et *a fortiori* du tribunal, il semble qu'elle ne doive être réputée telle à leur égard que tout autant que

(1) Aubry et Rau, V, § 462, p. 77, n. 53; Demolombe, III, n. 281; Duranton, II, n. 301; Huc, II, n. 132. — Cf. *supra*, n. 1760.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 77, n. 54; Demolombe, III, n. 281; Toullier, I, n. 614; Duranton, *loc. cit.*; Laurent, II, n. 461; Huc, *loc. cit.*; Planiol, I, n. 1078; Fuzier-Herman, art. 183, n. 1 s. — Trèves, 1er mars 1813, S. chr., IV, 2. 266, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 492. — Req. rej., 8 mars 1875, S., 75. 1. 171, D., 75. 1. 482. — Lyon, 18 janv. 1894, S., 97. 2. 113, et note de M. A. P., D., 94. 2. 222.

(3) Pothier, *op. cit.*, n. 446.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, quest. 1 sur l'art. 183; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 77, n. 55 et 56; Demolombe, *loc. cit.*; Duranton, II, n. 302; Laurent, II, n. 461; Huc, *loc. cit.*; Planiol, I, n. 1077; Fuzier-Herman, art. 183, n. 6 s. — Cf. Civ. cass., 16 avril 1817, S., 17. 1. 232, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 494. — Req., rej., 11 mai 1875, S., 75. 1. 295, D., 75. 1. 407. — Lyon, 24 fév. 1881, S., 83. 2. 18, D., 81. 2. 199. — Lyon, 18 janv. 1894, précité.

cette nouvelle est parvenue, sous une forme quelconque, au conseil ou au tribunal réunis, et non pas individuellement aux différents membres qui les composent, lesquels, pris séparément, ne les représentent pas. Mais, quoi qu'on ait dit, on ne saurait sans arbitraire présumer qu'ils ont eu tout au moins connaissance du mariage à compter de la majorité de l'époux (1).

1783. Au reste, c'est une question que de savoir si sa majorité ou sa mort ne mettent pas fin à l'action en nullité que peuvent intenter les ascendants, le conseil de famille ou le tribunal. Doit-elle subsister, en effet, même après que l'époux n'est plus placé sous la puissance de ceux dont il dépendait jusque-là, soit que son décès l'y ait soustrait, soit qu'il soit arrivé à l'âge où il peut se marier sans le consentement de personne? Le doute tout au moins est permis.

D'après les uns (2), l'action ne saurait survivre à l'autorité dont elle a, partiellement au moins, pour objet d'imposer le respect, en quelque personne qu'elle réside, car les mêmes événements mettent fin à cette autorité dans tous les cas. D'après les autres, dont l'opinion nous paraît préférable, ces événements laissent intact le droit des ascendants (3), mais ils anéantissent celui du conseil de famille ou du tribunal (4).

D'une part, en effet, en ce qui concerne les ascendants, la loi n'admet pas d'autres fins de non-recevoir que celles qui sont écrites dans l'art. 183, leur permettant du reste ainsi de sauvegarder les légitimes intérêts de la famille, malgré la mort ou la majorité de celui qui les a compromis, et, dans le cas même où il serait parvenu à leur cacher son mariage jusqu'à cette dernière époque. D'autre part, il ne se peut pas

(1) Laurent, II, n. 463. — *Contra :* Duranton, II, n. 303; Fuzier-Herman, art. 183, n. 14.

(2) Demolombe, III, n. 282 et 291.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 77, n. 58; Demante, I, n. 265 *bis*, II; Duranton, II, n. 298; Toullier, I, n. 613; Delvincourt, I, p. 78, note 3; Valette, *Explic. somm.*, p. 110; Laurent, II, n. 466; Fuzier-Herman, art. 183, n. 8 et 12. — Req. rej., 5 nov. 1839, S., 39. 1. 822, D., 39. 1. 369.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 78, n. 59; Demante, I, n. 265 *bis*, II; Toullier, I, n. 613; Marcadé, I, art. 182-II, n. 649; Valette, *Explic. somm.*, p. 110; Allemand, I, n. 588; Fuzier-Herman, art. 183, n. 9.

que le conseil de famille, qui perd toute existence comme toute raison d'être au décès du mineur ou à son avènement à la majorité, puisse se survivre ainsi, pour exercer le droit qu'il avait jusque-là d'attaquer son union, et il en est de même du tribunal qui ne joue, pour l'enfant naturel, que le rôle d'un conseil de famille. Ces deux considérations suffisent à écarter toutes les autres distinctions qui ont été proposées. On ne saurait, ni laisser subsister, comme certains le veulent (1), l'action du conseil de famille ou du tribunal après la majorité de l'époux, sans la lui maintenir après son décès, car les raisons sont les mêmes pour la considérer comme éteinte dans les deux hypothèses; ni, pour le même motif, décider l'inverse, comme d'autres le proposent (2); ni enfin réserver cette action, ainsi que d'autres le soutiennent (3), en cas de mort de l'époux, aux ascendants qui ont pécuniairement intérêt à l'exercer, car son fondement est beaucoup plus moral que pécuniaire et ne disparaît pas, par suite, avec leur descendant.

1784. La ratification de la famille éteint, avec sa propre action, celle même de l'époux, dont le mariage ne manque plus de cette condition de validité (4).

Mais l'éteint-elle encore, lorsqu'elle ne survient qu'après que cette action a été introduite par l'époux, et dans le cours de l'instance qui en est la suite? La majorité de la doctrine se prononce pour l'affirmative, malgré les graves objections auxquelles elle se heurte. Le texte de l'art. **183** ne lui est en effet nullement favorable, car, s'il porte que cette action ne peut plus être « intentée » après que le mariage a reçu l'approbation de la famille, il ne va pas jusqu'à dire qu'elle ne puisse même pas être continuée, lorsqu'elle a été engagée avant toute confirmation. D'autre part, il est de principe que la recevabilité d'une demande doit être appréciée par le juge d'après

(1) Duranton, II, n. 293 et 303.

(2) Delvincourt, I, p. 78, note 3.

(3) Demante, *loc. cit.*

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 77, n. 57; Demolombe, III, n. 290; Toullier, I, n. 619; Duranton, II, n. 300; Laurent, II, n. 461 et 462; Huc, II, n. 132; Planiol, I, n. 1080; Fuzier-Herman, art. 183, n. 10.

son état au jour où elle a été formée, et sans égard aux événements postérieurs à cette époque. Or, à cette date, la recevabilité de l'action de l'époux était incontestable : elle ne saurait donc souffrir de l'attitude prise dans la suite par ceux dont il relevait quant au mariage. Décider que leur ratification élève contre elle, quoique tardive, une fin de non-recevoir, serait le priver d'un droit qu'il a exercé en agissant, et qui lui est désormais acquis, quoique les lenteurs de la justice doivent en retarder la reconnaissance et l'effet utile. Mais ce serait aussi modifier totalement la nature de l'action qui lui compète, en subordonnant son succès à cette condition que le mariage ne serait pas ratifié par la famille « avant que la cause fût irrévocablement jugée ». Or où voit-on, comme on l'affirme, que « le droit du demandeur en nullité n'a pas cessé d'être en quelque sorte conditionnel » ? Quant à prétendre, comme le fait encore M. Demolombe, que l'époux ne doive pas bénéficier de ce qu'il a devancé ses parents, alors que leur silence équivaut à une approbation, c'est simplement interpréter leur réserve à sa guise, mais non pas conformément à la loi, qui n'induit cette ratification que d'une abstention prolongée pendant une année. Par hypothèse, précisément, cette année n'est pas expirée, et la famille, d'autre part, n'a accompli aucun acte de nature à faire présumer qu'elle a renoncé à son action. La vérité est que l'art. 182 consacre l'indépendance respective des deux droits, et que l'art. 183 y porte atteinte dans la mesure seulement où la raison le veut, c'est-à-dire lorsque le consentement des enfants se trouve complété par celui des personnes dont ils dépendent, avant qu'eux-mêmes aient repris formellement celui qu'ils avaient manifesté, et, par suite, à une époque où ces deux ordres de volontés peuvent encore coexister (1).

1785. 2° *Ratification de l'époux.* — Aux termes de l'art.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 77, n. 57; Zachariæ, éd. Massé et Vergé, I, § 127, note 26. — *Contra :* Demolombe, III, n. 275; Demante, I, n. 265 *bis*, IV; Duranton, II, n. 304; Duvergier sur Toullier, I, n. 614, note 1; Valette sur Proudhon, I, p. 435, note *a;* Delvincourt, I, p. 78, note 5; Marcadé, I, art. 183-I, n. 651; Allemand, I, n. 590; Fuzier-Herman, art. 183, n. 10. — Cpr. Paris, 1er févr. 1894, D., 94. 2. 456.

183, l'époux lui-même est non recevable à intenter son action, lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint « l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage ». De son silence la loi induit une renonciation ; elle n'exige pas en outre, comme elle le fait dans l'art. 181, qu'il y ait eu cohabitation entre les époux pendant ce délai (1).

1786. Mais du moins faut-il, pour que ce délai coure, que celui qui n'a pas obtenu le consentement nécessaire soit arrivé à l'âge où il peut s'en passer, sans quoi sa confirmation serait entachée du même vice que son union elle-même. Il devait donc, avant la loi de 1907, être âgé de vingt-et-un ans, s'il s'agissait d'une fille, et, si c'était un garçon, de vingt-cinq ou de vingt-et-un ans, suivant qu'il avait ou non des ascendants lors de la célébration du mariage (2). Telle était la seule interprétation des expressions de l'art. 183 qui fût compatible avec les principes comme avec le texte, lequel ne pouvait être plus clair.

Il fallait donc, à cette époque, écarter tout d'abord l'opinion paradoxale (3) d'après laquelle l'âge compétent était toujours de vingt-et-un ans, et qui ne voulait pas tenir compte des distinctions où la loi était entrée, au sujet de l'âge auquel naissait alors l'aptitude à consentir par soi-même au mariage. Comment soutenir que la capacité de l'époux n'était pas plus susceptible de varier que le développement de son intelligence et de son jugement, avec la circonstance qu'il avait ou non des ascendants, alors précisément que le code faisait uniquement dépendre sa capacité matrimoniale de cette dernière?

Mais il fallait aussi rejeter la doctrine (4), beaucoup plus plausible, de ceux d'après qui l'âge compétent devait être

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, quest. 3 et 4 sur l'art. 183; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 78, n. 61; Demante, I, n. 265 *bis*, V; Planiol, I, n. 1079.

(2) Merlin, *Rép.*, *loc. cit.*, quest. 2 sur l'art. 183; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 78, n. 62; Duranton, II, n. 307; Valette sur Proudhon I, p. 436, note *a*. — Cpr. Laurent, II, n. 464; Vazeille, I, n. 271.

(3) Toullier et Duvergier, I, n. 615, note *a*; Delvincourt, I, p. 78, note 6.

(4) Demolombe, III, n. 284 et 285; Demante, I, n. 265 *bis*, V. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 183, n. 15.

déterminé eu égard à la qualité des parents que possédait l'époux lorsqu'il avait gardé le silence, et non point quand il s'était marié, de telle sorte que la ratification devenait possible de sa part dès l'âge de vingt-et-un ans, s'il avait dès lors perdu tous ceux de ses ascendants qui vivaient encore à l'époque de son mariage. Si cette doctrine, à vrai dire, n'était pas formellement contredite par notre disposition, elle ne semblait point respecter le principe suivant lequel un acte ne devient susceptible de confirmation qu'à compter du moment où il aurait pu être valablement fait, dans les mêmes conditions, par la personne qui le ratifie. Or, par hypothèse, l'époux n'aurait pas pu valablement se marier avant vingt-cinq ans, s'il avait eu des ascendants lors de la célébration. Peu importait donc qu'ils disparussent : le vice dont son union était entachée ne pouvait s'effacer lui-même qu'à partir de l'instant où cet époux avait atteint l'âge auquel il l'aurait, dans les mêmes circonstances, régulièrement contractée par sa seule volonté.

Mais, depuis 1907, ces diverses questions ne peuvent plus se poser, puisque la majorité matrimoniale coïncide désormais, dans tous les cas, avec la majorité ordinaire. C'est donc toujours, maintenant, à l'âge de vingt-et-un ans que commence l'année que doit durer l'inaction de l'époux, dont la loi fait découler la ratification tacite du mariage.

1787. A la différence de la première partie de l'art. 183, qui déclare admissible, de la part de la famille, toute espèce de ratification, la seconde ne mentionne, en ce qui touche l'époux, qu'un cas de ratification tacite. En résulte-t-il que le mariage ne puisse être tacitement confirmé que dans ce cas, et même qu'une confirmation expresse doive être inopérante?

On s'accorde à peu près à reconnaître que cette dernière, tout au moins, peut utilement intervenir (1). Pour quelle raison en effet, la loi aurait-elle refusé de tenir compte d'une manifestation expresse de volonté? Serait-ce, comme le sug-

(1) *Obs. du Trib.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 456, n. 18; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 78 et 79, n. 63; Demolombe, III, n. 287; Toullier, I, n. 616; Duranton, II, n. 308 s.; Laurent, II, n. 465; Vazeille, I, n. 271; Fuzier-Herman, art. 183, n. 17. — *Contra* : Demante, I, n. 265 *bis*, VII; Planiol, I, n. 1081.

gère Demante, parce qu'on aurait voulu qu'il s'écoulât un certain temps depuis la majorité, afin que « la nouvelle volonté parût entièrement affranchie de l'empire prolongé de la séduction »? Non, apparemment, car le silence de l'époux n'annoncerait nullement, tout au contraire, qu'il s'est soustrait à cet empire, surtout lorsqu'il y est soumis depuis longtemps, de telle sorte qu'il serait imprudent, sur la foi de cette supposition, d'en induire qu'il renonce à revendiquer sa liberté. A tout prendre, sa résolution de rester dans les liens du mariage s'affirme beaucoup mieux, dans une déclaration formelle, qu'elle ne le fait lorsqu'il garde une réserve susceptible de s'expliquer autrement : aussi en reconnaissait-on la valeur dans l'ancien droit (1).

1788. C'est aussi parce que cette résolution peut implicitement ressortir de certains faits, mieux encore qu'elle ne résulte du silence de l'époux, que nous admettons la possibilité de la confirmation tacite (2). Tandis que son silence peut être équivoque et prêter à bien des interprétations, il est telles circonstances qui révèlent clairement l'intention arrêtée de ne plus demander la nullité de l'union. Quand elles dénotent nettement cette intention, avec quelque réserve qu'on les apprécie, la loi qui n'y attacherait aucune portée, tout en prenant en considération le silence de l'intéressé, serait par trop illogique. Et dès lors, de ce que l'art. **183** ne mentionne pas, dans sa seconde partie, l'approbation tacite, qu'il vise dans la première, on ne doit pas conclure qu'il la rejette de la part de l'époux comme inopérante, sous peine de prêter au législateur un contre-sens.

C'est ainsi que la cohabitation, quelle qu'en fût la durée, pourrait manifester chez l'époux la ferme volonté de renoncer au droit d'attaquer le mariage (3). Elle constitue en effet une exécution des devoirs qu'il impose, et il est possible qu'il

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 446.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, quest. 3 sur l'art. 183; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 79, n. 64; Toullier, I, n. 616; Duranton, II, n. 312; Delvincourt, I, p. 78, note 6; Vazeille, I, n. 271. — *Contra :* Demolombe, III, n. 288; Laurent, II, n. 465; Huc, II, n. 132; Planiol, I, n. 1081; Fuzier-Herman, art. 183, n. 16; Allemand, I, n. 593.

(3) Cf. note précédente. — Cpr. Duranton, *loc. cit.*

soit démontré, d'autre part, que cette exécution est tout à fait volontaire. Dira-t-on qu'elle est inefficace par elle-même, et qu'elle ne devient significative qu'après qu'une année s'est écoulée depuis le jour où l'époux a atteint sa majorité? Mais vainement M. Demolombe prétend-il que l'art. 183 suppose la cohabitation, et que, sans elle, la fin de non-recevoir qu'elle organise devient inopposable, car, ainsi qu'on l'a déjà observé, cette disposition reste muette sur la nécessité de la vie commune. Il faut donc admettre que, même séparé de son conjoint, l'époux qui laisserait passer sans réclamation l'année qui suit sa majorité, ne serait plus désormais recevable à la former. Comment ne serait-il pas, *a fortiori,* irrecevable, quand il se soumet, en toute liberté et en toute conscience, pendant un temps suffisant, à toutes les obligations qu'entraîne avec lui son nouvel état, et alors surtout qu'une cohabitation de six mois suffit à effacer le vice, au moins aussi grave, qui résulte de la violence ou de l'erreur dont il a été victime?

1789. De la ratification de l'époux, qui éteint son action en nullité, naît-il aussi une fin de non-recevoir opposable aux ascendants ou au conseil de famille? L'art. 183 s'accorde avec les principes pour décider cette question par la négative (1). C'est l'auteur seul de la confirmation qu'il prive formellement du droit d'attaquer le mariage, lorsque cet auteur est l'époux lui-même, tandis qu'il le retire, à la fois, à lui et à ceux dont elle émane, quand elle est l'œuvre des personnes appelées à fournir leur consentement. Cette différence de rédaction, on ne saurait nier qu'elle ait été intentionnelle. Si l'on comprend, en effet, que l'approbation de la famille doive rendre le mariage inattaquable, puisqu'il ne manque plus, grâce à elle, d'aucune de ses conditions de validité, on ne s'expliquerait pas qu'il pût dépendre de celui qui a méconnu l'autorité à laquelle il était soumis de lui enlever son unique moyen de se faire respecter. Le droit de la famille ne dérive pas de

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 78, n. 60; Demante, I, n. 265 *bis*, VI; Toullier, I, n. 618; Duranton, II, n. 299; Delvincourt, I, p. 78, note 3; Laurent, II, n. 466; Huc, II, n. 132; Vazeille, I, n. 264; Allemand, I, n. 594; Fuzier-Herman, art. 183, n. 11.

celui de l'enfant : c'est bien plutôt lui qui engendre ce dernier, lorsqu'elle n'a pas été mise à même de l'exercer en temps opportun, et par conséquent il doit rester hors des atteintes de celui par la faute duquel il est né.

Vainement objecte-t-on que l'annulation prononcée à la requête des parents, en dépit de la ratification de l'époux, ne saurait l'empêcher, s'il persévère dans sa volonté, de procéder à une nouvelle célébration du mariage, auquel il est libre désormais de consentir par lui seul, et que mieux vaut dès lors déclarer cette annulation impossible. Cette éventualité ne paraît pas effectivement avoir influencé le législateur, puisqu'il est admis, en général, que l'action des ascendants survit à la majorité de leurs descendants. On comprend toutefois que les auteurs (1) qui professent sur ce point une opinion opposée, puissent et doivent logiquement décider qu'elle ne saurait survivre, à plus forte raison, à la confirmation des époux, de telle sorte que l'art. 183 ait pu se dispenser de le dire explicitement. Mais cette conséquence de leur doctrine ne nous paraît pas plus acceptable que la doctrine elle-même.

1790. Il est enfin communément admis que l'époux qui n'a pas obtenu le consentement nécessaire à son mariage, s'est rendu non recevable à attaquer ce dernier, en employant des manœuvres dolosives qui ont eu pour objet et pour résultat de faire croire à sa pleine capacité. Tel serait le cas où il aurait présenté à son futur conjoint un faux acte de naissance, faisant apparaître qu'il avait atteint sa majorité, mais non point celui où il se serait borné à commettre, à ce sujet, un simple mensonge. Ces deux solutions peuvent s'induire, par argument, des art. 1307 et 1310 (2).

3. *Sanction pénale du défaut de consentement de la famille.*

1791. A la sanction civile de la nullité la loi a ajouté une sanction pénale, pour assurer l'observation des prescriptions relatives à la nécessité pour les futurs époux d'obtenir le consentement préalable de leur famille. Seulement, tandis

(1) Demolombe, III, n. 291.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 79, n. 65; Demolombe, III, n. 289; Duranton, II, n. 296. — Cpr. Planiol, I, n. 1083.

que la première les atteint eux-mêmes, la seconde frappe l'officier de l'état civil qui a procédé à la célébration de leur union. Deux textes, placés, l'un au code civil, l'autre au code pénal, édictent les pénalités qu'il encourt : « *Les officiers de l'état civil,* dit l'art. 156 C. civ., modifié par la loi du 21 juin 1907, *qui auraient procédé à la célébration des mariages contractés par des fils ou filles n'ayant pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis, sans que le consentement des pères et mères, celui des aïeuls et aïeules, et celui du conseil de famille, dans le cas où il est requis, soit énoncé dans l'acte de mariage, seront, à la diligence des parties intéressées ou du procureur de la République près le tribunal de première instance de l'arrondissement où le mariage aura été célébré, condamnés à l'amende portée par l'art. 192 du Code civil.* » — « *Lorsque, pour la validité d'un mariage,* dit de son côté l'art. 193 C. pén., *la loi prescrit le consentement des père, mère ou autres personnes, et que l'officier de l'état civil ne se sera point assuré de l'existence de ce consentement, il sera puni d'une amende de seize francs à trois cents francs, et d'un emprisonnement de six mois au moins et d'un an au plus.* »

1792. Quoiqu'elles se placent dans un même ordre d'idées, ces deux dispositions semblent bien, toutefois, prévoir et réprimer deux délits différents, dont le premier est moins grave que le second. L'une ne statue que sur le défaut de mention, à l'acte de mariage, d'un consentement qui existe, et dont la preuve peut être dès lors rapportée par un autre moyen que la production du titre, tandis que l'autre se prononce sur le cas où, par une négligence encore plus coupable, l'officier public ne s'est même pas assuré de l'existence de ce consentement (1), de telle sorte qu'il ait pu se faire qu'il n'ait pas été obtenu. Aussi sont-elles parfaitement susceptibles de se concilier, et doivent-elles, par suite, être déclarées respectivement applicables aux hypothèses différentes qu'elles envisagent. Il fallait donc, dès avant la loi de 1907, rejeter, comme contraire aux principes de l'abrogation tacite, l'opinion d'après laquelle l'art. 193 du code pénal était venu tacitement abro-

(1) Cf. Poitiers, 2 févr. 1883, S., 83. 2. 92.

ger l'art. 156 du code civil, ou y avait tout au moins dérogé en ce point que le seul défaut d'énonciation n'était plus punissable. Une portée pareille pouvait être d'autant moins reconnue au premier de ces deux articles, que l'art. 195 C. pén. réservait lui-même l'application « des autres dispositions pénales du titre V du livre Ier du code civil », parmi lesquelles figurait précisément le second. Et on ne pouvait pas plus inférer du silence de la loi pénale que le défaut de mention du consentement, prévu par l'art. 156, échappait à toute répression, qu'on n'était admis, alors, à en conclure que la sanction de l'art. 157, pour le défaut d'actes respectueux, avait perdu toute sa force (1).

A fortiori, faut-il décider de même, depuis la loi de 1907, puisqu'en modifiant l'art. 156 C. civ., elle a, par le fait même, reconnu qu'il n'avait pas été abrogé par l'art. 193 C. pén. (2).

1793. Avant la loi de 1907, le fait, par l'officier de l'état civil, de n avoir pas mentionné le consentement des ascendants ou du conseil de famille, dans l'acte de mariage, était passible d'emprisonnement et d'amende. La durée de l'emprisonnement ne pouvait être, ni inférieure, ni supérieure non plus à six mois, puisque la loi n'en avait pas fixé le maximum, et qu'il n'y a pas, d'autre part, dans notre droit, de peines arbitraires (3). Quant à l'amende, elle ne pouvait excéder 300 francs, mais elle était susceptible de s'abaisser à 1 franc, puisque l'art. 192, auquel renvoyait, alors comme aujourd'hui, notre art. 156, n'en déterminait pas non plus le minimum (4). Depuis la loi de 1907, l'amende seule est encourue : il n'y a jamais lieu à l'emprisonnement (5).

La loi de 1907 a eu encore pour résultat de faire cesser une controverse qui s'était élevée sous le régime antérieur. Il semblait, en effet, qu'en vertu du principe d'après lequel

(1) Demolombe, III, n. 91 ; Duranton, II, n. 103 ; Valette sur Proudhon, I, p. 215, note *b* ; Huc, II, n. 55 ; Garraud, *Traité de droit pénal,* III, n. 335. — *Contra* : Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 79, n. 66 ; Demante, I, n. 214 *bis,* I.

(2) Campistron, *op. cit.*, p. 25, note 1.

(3) Huc, *loc. cit.* ; Garraud, *loc. cit.*, n. 335.

(4) Valette sur Proudhon, *loc. cit.* — Cpr. Garraud, *loc. cit.*, n. 332 et 335.

(5) Campistron, *op. cit.*, n. 37 et 38.

les dispositions pénales doivent être interprétées restrictivement, l'officier de l'état civil échappait aux peines de l'art. 156, s'il avait seulement omis de mentionner le consentement donné à un enfant naturel par son tuteur *ad hoc*, car ce tuteur ne figurait pas parmi les membres de la « famille » : aussi cet article était-il placé avant celui qui requérait cette intervention (art. 159).

Mais aujourd'hui il est certain que l'amende prononcée par l'art. 156 C. civ. serait encourue par l'officier de l'état civil qui omettrait de mentionner, dans l'acte de mariage, le consentement du conseil de famille d'un enfant naturel. Car l'art. 156, en parlant de consentement, non plus de la famille, comme autrefois, mais du conseil de famille, a employé une expression très générale, qui englobe à la fois le conseil de famille d'un enfant légitime et celui d'un enfant naturel.

1794. Que si l'officier de l'état civil ne s'est même pas assuré que le consentement exigé a été donné, c'est alors l'art. **193** C. pén. qui s'applique. Le délinquant est passible, même depuis la loi de 1907, qui n'a pas touché à l'art. 193 C. pén., d'emprisonnement et d'amende. L'amende peut varier de 16 francs à 300 francs, et l'emprisonnement peut être prononcé pour une durée de six mois à un an. Mais l'art. **463** C. pén. est applicable, et, s'il y a des circonstances atténuantes, le juge peut ne prononcer qu'une amende et la réduire à 1 franc.

L'art. 193 C. pén. est, du reste applicable, quel que soit le consentement exigé. On tendait même à le considérer comme tel, avant la loi de 1907, au cas où il ne s'agissait que du consentement du tuteur *ad hoc* d'un enfant naturel.

1795. Du reste, ces diverses peines doivent être appliquées lors même que la nullité du mariage n'aurait pas été demandée, ou qu'elle aurait été couverte, ou enfin qu'il n'aurait pas été formé d'opposition. Ainsi le décide l'art. 195 C. pén., pour celles qu'édictent les dispositions qui le précèdent, et sa décision doit être, par identité de motifs, étendue à celles que prononce l'art. 156 C. civ. (1).

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 80, n. 68.

Le ministère public, d'autre part, peut requérir l'application de ces pénalités, en dehors de toutes diligences des parties intéressées. Son droit, à cet égard, qui pouvait faire quelque doute avant la loi de 1907, en raison de la rédaction, alors un peu défectueuse, de l'art. 156, mais qui était pourtant admis (1), ne peut plus être contesté aujourd'hui, la rédaction de ce dernier ne prêtant plus à aucune confusion.

N° 3. Des nullités absolues de mariage.

1796. Les nullités absolues résultent de l'une des cinq causes suivantes, dont les trois premières sont mentionnées par l'art. 184, et les deux dernières par l'art. 191 : 1° l'impuberté de l'un des époux; 2° l'existence d'un mariage antérieur dans les liens duquel l'un d'eux était engagé lorsqu'il s'est remarié, ou la bigamie; 3° leur parenté ou leur alliance à un des degrés déterminés par la loi, ou l'inceste; 4° le défaut de publicité de la célébration du mariage, ou la clandestinité; 5° enfin l'incompétence de l'officier de l'état civil. Mais elles sont toutes gouvernées, en principe, par des règles communes, qu'explique leur fondement identique, et qui sont relatives, les unes à la détermination des personnes admises à les faire valoir, et les autres à leur caractère indélébile. C'est par ces règles que leur étude doit commencer.

I. *Des personnes auxquelles appartient l'action en nullité.*

1797. Quelle qu'en soit la cause particulière, les nullités absolues sont toutes indistinctement fondées sur les plus hautes considérations d'ordre public : l'intérêt social réclame impérieusement le respect des prescriptions qu'elles sanctionnent. C'est pourquoi il veut aussi que l'action qui sert à faire valoir ces nullités, sans être à la disposition du premier venu et dégénérer en action populaire susceptible de devenir une arme aux mains de la malveillance, puisse être exercée du moins par tous ceux qu'un intérêt légitime appelle à

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 79 et 80, n. 67; Demolombe, III, n. 91. — Turin, 6 avril 1808, S., 10. 2. 65, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 196. — Poitiers, 2 févr. 1883, précité.

défendre leurs droits en même temps que ceux de la société, ainsi que par le ministère public, représentant attitré de cette dernière. Elargir le cercle des personnes admises au droit d'agir, n'est-ce pas multiplier les chances de répression des violations de la loi ?

Les art. 184 et 191 sont bien conformes à ces vues : « *Tout* » *mariage*, dit le premier, *contracté en contravention aux dis-* » *positions contenues aux art. 144, 147, 161, 162 et 163, peut* » *être attaqué soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux* » *qui y ont intérêt, soit par le ministère public* ». — « *Tout* » *mariage*, ajoute le second, *qui n'a point été contracté* » *publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'offi-* » *cier public compétent, peut être attaqué par les époux eux-* » *mêmes, par les père et mère, par les ascendants, et par* » *tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le* » *ministère public.* » Les nullités absolues peuvent donc être proposées par toute personne intéressée et par le ministère public.

1798. En premier lieu, toute personne intéressée est admise à les faire valoir. Or l'intérêt qui sert de fondement à cette action peut être, soit moral, soit pécuniaire.

1° *Actions fondées sur un intérêt moral.* — D'après le droit commun, un simple intérêt moral ne légitime pas l'exercice d'une action en justice. Mais il en doit être différemment lorsque, par son objet même, cette action est susceptible de faire respecter des droits qui, pour n'être pas pécuniaires, n'en sont pas moins du plus haut prix pour ceux auxquels ils appartiennent, ou de donner satisfaction à des préoccupations tellement honorables qu'il y aurait immoralité, de la part de la loi, à la leur refuser. Lors donc qu'un mariage est célébré que la loi réprouve, ceux qu'il unit, comme les chefs des familles dont ils font partie, doivent être admis à l'attaquer en dehors de tout intérêt pécuniaire, et seulement pour mettre fin à une situation qui ternit leur honneur, en même temps qu'elle blesse l'ordre public. De là les dérogations qu'apportent les art. 184 et 191 au principe, et qui sont, par leur caractère même, de stricte interprétation : l'énumération des personnes admises à se prévaloir des nullités absolues de

mariage, sur le fondement d'un intérêt moral, est donc essentiellement limitative (1).

1799. Doivent être considérés comme rentrant dans cette catégorie :

1° Les époux eux-mêmes (art. 184). La loi ne distinguant pas, il faut en conclure que l'action en nullité appartient même à celui des conjoints en la personne duquel existait l'empêchement au mariage, par conséquent même à l'époux bigame (2) ou à l'époux impubère. S'il est vrai que nul ne doit trouver en sa faute le principe d'une action, cette règle, ainsi que l'expliquait déjà Pothier (3), reste sans application lorsque cette action est accordée à celui qui l'exerce beaucoup moins dans son intérêt privé que dans l'intérêt général, comme c'est ici le cas. C'est pour les mêmes motifs que l'époux pubère est également admis à proposer cette nullité, en dépit du consentement qu'il a donné en connaissance de cause au mariage : la fin de non-recevoir de l'art. 186 ne lui est pas opposable (4).

1800. 2° En cas de bigamie, l'époux au préjudice duquel la nouvelle union a été célébrée, et qui doit pouvoir dès lors en faire prononcer l'annulation, du vivant même de son conjoint : « *L'époux au préjudice duquel a été contracté un second* » *mariage, peut en demander la nullité, du vivant même de* » *l'époux qui était engagé avec lui* » (art. 188) (5).

1801. 3° Les ascendants, à quelque degré que ce soit, de l'un ou de l'autre des époux. Que les ascendants aient en cette seule qualité, et indépendamment de tout intérêt pécuniaire, le droit de demander la nullité, c'est ce qui résulte

(1) Paris, 25 juin 1883, S., 83. 2. 205, D., 86. 1. 23.

(2) *Disc. au C. d'Etat*, Locré, *Lég.*, IV, p. 365, n. 43; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 6. § 2, quest. 1 sur l'art. 184; Aubry et Rau, V, § 461, p. 59, n. 16; Demolombe, III, n. 300; Toullier, I, n. 632; Duranton, II, n. 324 et 325; Laurent, II, n. 488; Huc, II, n. 135; Planiol, I, n. 1035; Beudant, I, n. 283; Fuzier-Herman, art. 147, n. 30; Vazeille, I, n. 221; Allemand, I, n. 520. — Cpr. Req., 25 fév. 1818, S., 19. 1. 41, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 507.

(3) *Op. cit.*, n. 443.

(4) Aubry et Rau, V, § 461, p. 58 et 59, n. 15; Demolombe, *loc. cit.*; Toullier, I, n. 623; Duranton, II, n. 315 et 316; Marcadé, I, art. 184-I, n. 654; Laurent, II, n. 467 et 488. — *Contra* : Delvincourt, I, p. 75, note 5.

(5) Planiol, I, n. 1036.

invinciblement des textes (1). En leur refusant l'action dans un cas spécial, où ils ont concouru à la violation de la loi que leur autorité aurait dû prévenir, l'art. 186 reconnaît implicitement qu'elle leur appartient dans les autres. Il ressort non moins nettement de l'art. 187 qu'ils sont admis à agir, même du vivant des époux, sur le seul fondement d'un intérêt d'affection ou d'honneur, puisque cette disposition n'exige l'existence d'un intérêt pécuniaire né et actuel qu'en la personne des collatéraux ou des enfants d'un premier lit. Et cette induction est enfin corroborée par l'art. 191, qui, en opposant les ascendants à tous ceux qui ont un intérêt né et actuel, laisse évidemment entendre qu'ils peuvent, en l'absence de tout intérêt de cette nature, se prévaloir de l'incompétence de l'officier de l'état civil ou de la clandestinité du mariage, pour en provoquer l'annulation. Or, comment leur eût-on enlevé cette faculté lorsque la nullité procède d'un vice qui, comme la bigamie ou l'inceste, entache plus encore que les autres l'honneur d'un des membres de la famille? On pourrait ajouter, si on ne voulait pas faire complète abstraction de l'intérêt particulier des ascendants, que le mariage crée, entre eux et les enfants qui en naîtront, des relations de parenté et des obligations juridiques, notamment au point de vue successoral, et qu'il fallait dès lors leur permettre, par avance, d'empêcher la transmission éventuelle de leurs biens à une descendance que son origine en rendait indigne à leurs yeux : sans quoi ils ne pourraient plus sauvegarder par eux-mêmes un intérêt des plus respectables, puisqu'il ne surgirait qu'au jour de leur décès. Cette dernière considération doit faire admettre que leur droit subsiste avec les mêmes caractères, et indépendamment de tout intérêt pécuniaire, même après la mort de l'un des époux (2).

1802. En l'absence de tout ordre hiérarchique établi par

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 187; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 59, n. 17, et p. 60, n. 20; Demolombe, III, n. 301; Proudhon, I, p. 430; Marcadé, I, art. 184-II, n. 655; Delvincourt, I, p. 76, note 2; Demante, I, n. 270 *bis*, I; Laurent, II, n. 489; Huc, II, n. 136; Planiol, I, n. 1038; Vazeille, I, n. 218 et 216; Allemand, I, n. 531 et 532. — Req. rej., 15 nov. 1848, S., 48. 1. 673, rapp. de M. Hardoin et note de M. Devilleneuve, D., 48. 1. 247. — *Contra :* Toullier, I, n. 626 et 633; Duranton, II, n. 328.

(2) *Contra :* Demante, I, n. 272 *bis*, II.

la loi entre les ascendants, il faut décider qu'ils jouissent tous concurremment du droit de provoquer l'annulation du mariage, et non point graduellement, à défaut les uns des autres et dans l'ordre même où ils seraient appelés à donner leur consentement ou à former opposition, comme le veut une autre opinion (1). Vainement se prévaut-elle de l'analogie : car, si la nature même des choses veut que les ascendants les plus proches soient consultés par leurs enfants avant tous les autres, et qu'ils soient pareillement seuls autorisés, à l'exclusion de ceux-ci, à s'opposer à une union qu'ils désapprouvent, ou à l'attaquer lorsque leur autorité a été méconnue, rien au contraire ne fait obstacle à ce qu'ils soient tous mis sur la même ligne, lorsqu'il s'agit de mettre fin à une situation qui compromet l'ordre social, en même temps que l'honneur de la famille tout entière. Loin d'introduire l'anarchie dans celle-ci, comme on le lui a reproché, notre solution s'inspire du sentiment de solidarité qui doit unir tous ses membres, et restitue à tous ses chefs, à quelque degré qu'ils soient placés, un droit sans lequel la négligence d'un seul menacerait de blesser ce qu'il y a de plus cher et de plus élevé dans les intérêts de tout le groupe.

De ce point de vue, on ne voit pas pourquoi la mère elle-même ou un aïeul ne seraient pas admis à remédier, par leur propre initiative, à l'indifférence du père. Serait-ce, pourrait-on demander à M. Demolombe, parce que le mariage, « honteux peut-être, produirait pour eux de déplorables relations de parenté », qui engendreraient à leur égard, en droit, des conséquences non moins regrettables, par exemple sous le rapport de la vocation héréditaire?

1803. Enfin les ascendants de l'un ou de l'autre époux ont un droit égal à proposer la nullité, lors même qu'elle ne procèderait que de la personne de l'un d'eux (2). On ne doute

(1) Aubry et Rau, V, § 461, p. 59, n. 19; Marcadé, I, art. 184-II, n. 655; Laurent, II, n. 490; Huc, II, n. 136; Planiol, I, n. 1038. — *Contra :* Demolombe, III, n. 303; Demante, I, n. 270 *bis*, I, et 273 *bis*, III; Toullier, I, n. 633; Duranton, II, n. 317; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 270 *bis*, I.

(2) Aubry et Rau, V, § 461, p. 59, n. 18; Demolombe, III, n. 302; Marcadé, I, art. 184-II, n. 655; Vazeille, I, n. 246. — *Contra :* Toullier et Duvergier, I, n. 626.

pas que ceux du conjoint qui s'est marié avec un individu déjà engagé dans les liens d'une union encore subsistante, ne puissent se prévaloir de cette nullité. Mais il ne doit pas être plus contestable que cette même faculté appartienne aux ascendants de l'époux pubère qui s'est uni à un impubère : peu importe en effet que le vice soit moins grave dans ce cas que dans le précédent. D'une part, les textes ne font aucune distinction à cet égard entre les diverses nullités absolues, et, d'autre part, le vœu de la loi est qu'elles puissent être invoquées par un aussi grand nombre de personnes que possible.

1804. 4° Le conseil de famille ou, pour les enfants naturels, le tribunal qui en tient lieu. A vrai dire, son droit ne résulte que de l'art. 186, qui, en déclarant « la famille », c'est-à-dire, ainsi qu'on le verra, cette assemblée, non recevable à intenter l'action en nullité fondée sur l'impuberté de l'un des époux, lorsqu'elle a consenti au mariage, suppose nécessairement que cette action lui compète en principe, et laisse entendre qu'elle est pareillement admise à proposer toutes les autres nullités visées par l'art. 184, lesquelles procèdent de vices plus graves encore que le défaut d'âge (1). Mais, si le conseil est ainsi, dans trois cas, constitué par la loi le gardien de l'honneur du nom et le défenseur de la décence publique, on ne voit pas pourquoi il aurait été dépouillé de ce rôle dans les deux hypothèses prévues par l'art. 191, et partant il y a lieu de faire prévaloir l'esprit de ces dispositions sur le silence que garde la dernière (2).

1805. Seulement le droit du conseil de famille ou du tribunal ne dure que jusqu'à la majorité de l'époux qui relève de son autorité, et il doit être considéré comme subordonné à celui des ascendants, qui le paralyse tant qu'il existe (3). Il suffirait du reste, selon nous, que celui-ci vînt à cesser pour que l'autre naquît : en d'autres termes, sa naissance serait indépendante de la circonstance que le conseil de famille ou le tribunal était ou non appelé à autoriser le mariage. Il est

(1) Demolombe, III, n. 304; Laurent, II, n. 491; Huc, II, n. 136; Planiol, I, n. 1039.

(2) Planiol, I, n. 1039. — *Contra:* Laurent, *loc. cit.*

(3) Cpr. Demolombe, *loc. cit.*; Planiol, *loc. cit.*

admis à l'exercer par exemple, à notre sens, dès que l'ascendant, qui devait consentir et qui peut-être l'a fait, ne peut plus, pour une cause quelconque, provoquer l'annulation, ni aucun autre après lui, tous étant décédés.

1806. 2° *Actions fondées sur un intérêt pécuniaire.* — De la part de toutes autres personnes que celles qui viennent d'être déterminées, la demande en nullité n'est possible que tout autant qu'elles ont un intérêt pécuniaire, né et actuel, c'est-à-dire d'ores et déjà existant et immédiat, à la faire triompher (art. 184 et 191). La loi ne considère pas qu'elles soient moralement intéressées à un assez haut degré pour être autorisées à la former uniquement de ce chef. Elle redoute tout au moins que leur action n'emprunte les apparences du désintéressement que dans le but d'assurer la satisfaction éventuelle de leur cupidité. Mais elle ne croit pas, néanmoins, pouvoir la leur interdire, lorsqu'elle se propose pour objet réel la sauvegarde de droits légitimes et actuellement ouverts.

A ce titre, mais à ce titre seulement (1), elle l'accorde :

1° Aux parents collatéraux des époux (2).

2° Aux enfants que l'un ou l'autre des conjoints a d'un autre lit (3).

En général, l'intérêt de ces catégories de personnes n'apparaît qu'au jour de la dissolution du mariage entaché de nullité absolue. Il s'agit alors, pour elles, d'exclure les enfants issus de cette union de la succession de leur auteur décédé, ou du moins de les réduire à la part que la loi alloue aux enfants naturels, en les dépouillant du bénéfice de la légitimité. Aussi l'art. 187, statuant en vue de cette hypothèse, énonce-t-il : « *Dans tous les cas où, conformément à l'art.* » *184, l'action en nullité peut être intentée par tous ceux qui* » *y ont un intérêt, elle ne peut l'être par les parents collaté-* » *raux, ou par les enfants nés d'un autre mariage, du vivant* » *des deux époux, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt* » *né et actuel.* »

1807. Mais, s'il arrivait par exception que ces personnes

(1) Paris, 25 juin 1883, S., 83. 2. 205, D., 86. 1. 23.
(2) Aubry et Rau, V, § 461, p. 60; Planiol, I, n. 1040.
(3) Aubry et Rau, *eod. loc.*; Huc, II, n. 156; Planiol, I, n. 1041.

eussent, du vivant même des conjoints, un intérêt né et actuel à provoquer l'annulation de leur union, on ne verrait pas pourquoi ils n'en auraient pas le droit (1). Aussi l'article précité, loin de le leur refuser, le leur reconnaît-il implicitement, puisque leur intérêt, dès lors présent, donne ouverture à leur droit d'action, conformément à la règle générale par laquelle il se termine. Ce n'est pas en effet, qu'on l'observe bien, pour éviter aux époux, pendant leur vie, les conséquences de la nullité à laquelle ils se sont exposés, que la loi retire, en principe, aux collatéraux, jusqu'à la dissolution de leur union, le droit de s'en prévaloir, mais, ce qui est tout différent, parce que cette dissolution seule fait apparaître, en général, l'intérêt qu'ils ont à le faire. Rien n'est donc plus logique que de leur accorder cette faculté lorsque, d'aventure, ils sont intéressés à l'exercer, même avant la mort de l'un des conjoints. Or tel serait le cas où, les enfants issus d'une union annulable, pour cause d'inceste par exemple, se présentant pour recueillir une partie de la succession de leur grand-père, à défaut de leur propre père renonçant ou indigne, un frère de celui-ci se prévaudrait de la nullité pour les en faire écarter. Tel serait encore celui où l'enfant d'un individu chercherait, par le même moyen, à repousser du partage de l'hérédité de son frère, né comme lui d'un premier lit, un autre descendant de son père, issu d'une union annulable, dans les liens de laquelle celui-ci serait encore engagé.

L'action de cet enfant, à l'admission de laquelle l'art. 187 ne s'opposerait pas, ne rencontrerait-elle pas du moins un obstacle dans l'art. 371, comme contraire à ce devoir d'honneur et de respect auquel il est soumis, à tout âge, envers ses père et mère? Nous ne le pensons pas, car c'eût été, de la part de la loi, exagérer l'étendue de ce devoir, que d'imposer à l'enfant le sacrifice d'intérêts infiniment plus respectables,

(1) Aubry et Rau, V, § 461, p. 60, n. 22; Demante, I, n. 270 *bis*, II; Valette sur Proudhon, I, p. 440, note *b*; Marcadé, I, art. 187, n. 660; Laurent, II, n. 492 et 493; Huc, II, n. 138 et 139; Planiol, I, n. 1040 et 1041; Beudant, I, n. 283; Vazeille, I, n. 226. — *Contra :* Duranton, II, n. 327. — Cpr. Req. rej., 22 juin 1819, S., 19. 1. 438, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 424. — Civ. rej., 15 juin 1887, S., 90. 1. 446, D , 88. 1. 412. — Civ. cass., 25 mars 1889, S., 90. 1. 145, concl. de M. Desjardins, note de M. Labbé, D., 90. 1. 227.

après tout, que le mariage de son auteur. N'y aurait-il pas eu, d'ailleurs, une véritable hypocrisie à interdire, du vivant de celui-ci, une action qui, intentée, comme elle peut l'être certainement, après sa mort, ne peut manquer d'être aussi injurieuse pour sa mémoire qu'elle l'aurait été pour lui-même [1]?

1808. 3° Aux créanciers des époux [2], et plus généralement à tous ceux qui ont à opposer à l'un d'eux des droits à l'exercice desquels ferait obstacle, en totalité ou en partie, l'existence du mariage annulable. Ainsi serait admis à en contester la validité un créancier de la femme qui se prévaudrait de la nullité de son engagement, à raison du défaut d'autorisation maritale ou de l'inaliénabilité du fonds dotal, ou un créancier du mari, qui prétendrait échapper par là aux conséquences de l'hypothèque légale de la femme mariée. Il en serait de même de la personne qui, si le mariage était annulé, et si, par suite, l'institution contractuelle faite à l'un des époux par un tiers se trouvait inopérante, devrait venir à la succession de ce tiers comme héritier *ab intestat* [3].

Vainement pourrait-on contester ce droit aux créanciers, et aux autres intéressés dont on vient de parler, sous prétexte qu'ils ne figurent pas dans l'énumération de l'art. 187. Les art. 184 et 191 posent, dans les termes les plus généraux, le principe que l'action appartient à tous ceux qui ont un intérêt né et actuel; et de ce que l'art. 187 ait cru devoir insister sur son exercice par les collatéraux et les enfants du premier lit, on ne saurait déduire qu'il le refuse à toutes autres personnes, contrairement à ce principe. Il y aurait eu d'autant

[1] Cf. note 1 de la page précédente. — *Contra* : Demolombe, III, n. 307; Proudhon, I, p. 440. — Montpellier, 2 mars 1832, S., 32. 2. 610, D., 33. 2. 50.

[2] Aubry et Rau, V, § 461, p. 60, n. 21, et IV, § 312, p. 125, n. 31; Demolombe, III, n. 305; Valette sur Proudhon, I, p. 428, note *b*; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 327; Marcadé, I, art. 184-II, n. 655; Laurent, II, n. 494; Huc, II, n. 137 et 138; Planiol, I, n. 1042; Beudant, I, n. 283. — Metz, 7 fév. 1854, S., 54. 2. 659, D., 54. 2. 217. — Civ. cass. (sur ce point), 30 juill. 1900, S., 1902. 1. 225, note de M. Wahl, D., 1901. 1. 317, *J. Clunet*, 1900, p. 969. — Cpr. Tissier, *Rev. crit.*, 1902, p. 595. — Douai, 12 juill. 1838, S., 39. 2. 256.

[3] Angers, 31 mai 1878, sous Civ. cass., 30 juill. 1900, précité. — *Contra* : Wahl, note précitée.

moins de motifs pour leur retirer une faculté qu'on accorde à ces parents, qu'elle n'est pas conférée à ces derniers à raison de leur parenté, mais seulement à cause de leur intérêt pécuniaire. Or, pour ne pas être relatif à une hérédité comme le leur, celui des créanciers n'en est pas moins légitime et de nature à autoriser l'action que la loi reconnaît à tous les intéressés.

1809. Les nullités absolues peuvent être, en second lieu, proposées par le ministère public, tout naturellement désigné pour provoquer l'annulation des mariages dont le maintien blesserait l'ordre social. En effet, aux termes de l'art. 190, qui développe le principe déjà posé par l'art. 184, « *le » procureur du Roi, dans tous les cas auxquels s'applique » l'art. 184, et sous les modifications portées en l'art. 185, » peut et doit demander la nullité du mariage, du vivant des » deux époux, et les faire condamner à se séparer* »; et l'art. 191, déjà cité, lui confère cette faculté au cas où le mariage n'a pas été célébré publiquement ou devant l'officier public compétent.

L'action du ministère public ayant pour objet de faire cesser un désordre auquel met fin lui-même le décès de l'un des époux, on comprend que la loi lui ait fait une obligation de l'intenter de leur vivant. Ce n'est pas qu'il n'importe plus d'anéantir les effets juridiques que leur union a été susceptible de produire; mais on s'en remet de ce soin aux intérêts privés qu'elle froisse. Quant à l'intervention du représentant de la société, elle devient superflue dès que la mort a séparé ceux dont elle se proposait d'interrompre le commerce, en lui enlevant du moins les apparences de la légitimité (1).

1810. Mais son action reste recevable, selon nous, même après que le premier conjoint de l'époux bigame est venu à décéder (2). Il est vrai que sa mort, comme on l'observe dans l'opinion opposée, met fin au scandale que l'intervention du ministère public se proposait de faire cesser. Pour l'écarter cependant par une fin de non-recevoir, il faudrait une autre

(1) Aubry et Rau, V, § 461, p. 60; Demolombe, III, n. 309; Planiol, I, n. 1043.
(2) Laurent, II, n. 496; Huc, II, n. 148. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, III, n. 310; Duranton, II, n. 330; Fuzier-Herman, art. 147, n. 43.

disposition que celle de l'art. 190, qui se borne à énoncer que cette intervention doit se produire du vivant des époux auxquels elle veut faire enlever ce titre, et non point durant la vie du conjoint au préjudice de qui l'union a été contractée. Dira-t-on qu'il pourrait y avoir « plus d'inconvénients que d'avantages » à attaquer celle-ci? Sans doute, mais cette objection ne porterait contre notre solution que si le ministère public était nécessairement tenu d'agir. Or il faut maintenant démontrer que son action est, dans tous les cas, facultative.

1811. Qu'elle soit telle lorsque le mariage a été célébré clandestinement ou devant un officier de l'état civil incompétent, c'est ce qui ressort des termes mêmes de l'art. 191 : d'après lui, ce mariage « peut être attaqué » par le ministère public comme par les autres intéressés, qui, maîtres de leur action, ne le sont pas moins apparemment de se condamner à l'inaction. Comme la clandestinité est susceptible d'exister à des degrés différents, qu'elle se compose d'un certain nombre d'éléments négatifs, il y a lieu d'apprécier, pour chaque espèce, si l'atteinte portée au principe de la publicité est assez grave pour faire provoquer l'annulation de l'union qui en est entachée. Et quant au vice résultant de l'incompétence de l'officier de l'état civil, il est, lui aussi, plus ou moins grave, suivant que cette incompétence a plus ou moins privé le mariage de la publicité dont il devait être entouré. Rien de mieux, par conséquent, dans ces deux hypothèses que de laisser le ministère public entièrement maître de son action.

1812. Très différentes, à ce point de vue, sont les causes de nullité que vise l'art. 190. Si la publicité comporte des degrés, l'impuberté, la bigamie et l'inceste n'en comportent point, ces deux dernières surtout; elles existent ou n'existent pas. De ce chef, le ministère public ne doit-il pas être tenu d'agir, pour faire cesser un intolérable scandale? Il semblerait bien, au premier abord, que cette disposition lui en impose effectivement l'obligation, lorsqu'elle dit qu'il « peut et doit demander la nullité du mariage, du vivant des deux époux ». Et, de fait, cette interprétation a été soutenue par quelques

auteurs (1), qui l'ont, du reste, étayée de l'autorité d'un orateur du Tribunat, Boutteville (2).

Elle est aujourd'hui à peu près abandonnée. D'une part, en effet, elle n'explique nullement, malgré sa prétention, les termes de notre article, car, si le procureur de la République « doit » agir, n'est-il pas de toute évidence qu'il le « peut »? Et dès lors à quoi aurait-il servi de lui reconnaître une faculté que présuppose l'obligation à laquelle il serait assujetti? Mais il y aurait eu, d'autre part, une forte imprudence à l'astreindre à mettre toujours en mouvement son action. Il est des cas où la société a certainement plus d'intérêt au maintien du mariage qu'à son annulation, ainsi que le reconnaissait formellement Portalis (3) : « Gardons-nous, disait-il, de donner à cette censure, confiée au ministère public pour l'intérêt des mœurs et de la société, une étendue qui la rendrait oppressive, et qui la ferait dégénérer en inquisition. Le ministère public ne doit se montrer que quand le vice du mariage est notoire, quand il est subsistant, ou quand une longue possession n'a pas mis les époux à l'abri des recherches directes du magistrat. Il y a souvent plus de scandale dans les poursuites indiscrètes d'un délit obscur, ancien ou ignoré, qu'il n'y en a dans le délit même. »

1813. L'intention avouée des rédacteurs du code civil a donc été de laisser au ministère public une certaine latitude d'appréciation. Peut-être serait-il permis de soutenir que les expressions de l'art. 190 n'ont eu pour objet que de la restreindre moralement, en lui imposant le devoir d'agir lorsque les circonstances rendraient son inaction coupable, tout en autorisant son abstention lorsqu'elle serait préférable. Mais, comme le magistrat n'en resterait pas moins, en définitive, le maître absolu de son intervention, cette prescription ainsi comprise resterait dépourvue de toute portée juridique,

(1) Toullier, I, n. 628 et 635; Delvincourt, I, p. 76, note 5; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 327 et 334; Surville, I, n. 175 *in fine;* Ortolan et Ledeau, *Du ministère public,* I, p. 168. — Cpr. Demante, I, n. 273 *bis,* IV; Proudhon, I, p. 440 et 441; Vazeille, I, n. 249.

(2) *Disc. au Corps lég.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 561, n. 22.

(3) *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 512, n. 45, et p. 514, n. 50.

tandis que l'interprétation acceptée par toute la doctrine contemporaine lui en conserve une véritable.

Si l'action du ministère public a pour but de satisfaire l'ordre social, en dépouillant des attributs de la légitimité un commerce qui cherche à les usurper, sous les dehors d'une union légale, il s'ensuit qu'elle doit pouvoir être intentée précisément dès que cette usurpation s'accomplit, du vivant même des époux qui s'y livrent, mais qu'elle s'éteint aussi en même temps que leur commerce, par la mort de l'un d'eux, sauf aux intérêts privés à contester ses prétendues conséquences juridiques. Or l'art. 190 ne dit pas autre chose. Il marque les caractères propres de cette action : différente de celle des collatéraux et des enfants du premier lit, en ce qu'elle « peut » être exercée avant la dissolution de l'union annulable, qui seule donne en général ouverture à leur droit, elle diffère aussi de la leur, comme de celle qui appartient aux ascendants, en ce qu'elle ne survit pas à cette dissolution par la mort de l'un des conjoints et « doit » être nécessairement intentée avant que celle-ci survienne. L'intérêt social, en effet, veut être plus rapidement satisfait que l'intérêt pécuniaire des uns, mais il est aussi hors de cause avant lui et avant l'intérêt moral des autres : de là les limites assignées au droit de ceux qui en ont en mains la défense. L'unique objet de notre disposition a donc été de poser ces limites, et non pas de faire au ministère public une obligation d'engager une instance, susceptible parfois d'être plus préjudiciable qu'utile aux intérêts dont il a la garde (1).

1814. L'action du ministère public se propose l'annulation du mariage, beaucoup plus que la séparation des époux, comme le dit à tort l'article précité (2), car elle reste impuissante, en tant qu'action civile, à faire cesser leur commerce,

(1) Aubry et Rau, V, § 461, p. 61, n. 23; Demolombe, III, n. 311; Marcadé, I, art. 190, n. 663; Laurent, II, n. 495; Huc, II, n. 148; Planiol, I, n. 1013. — Cpr. Demante, I, n. 272 et 272 *bis*, II, et n. 273 *bis*, IV.

(2) Il le dit, sans doute, par souvenir de l'ancienne jurisprudence sur le mariage des protestants, après la révocation de l'édit de Nantes. Les Parlements ne se contentaient pas d'annuler les *mariages au désert :* ils prescrivaient aussi la séparation des époux. Cf. Planiol, I, n. 845.

s'ils entendent le continuer avec les simples caractères d'une union libre (1).

1815. Ce droit d'action implique, d'autre part, le droit d'intervenir, aux mêmes fins, dans toute instance en nullité engagée par une tierce personne. Et l'intervention ainsi formée, en donnant au ministère public un rôle plus actif que celui de partie jointe, lui permet d'interjeter appel ou de se pourvoir en cassation contre la décision qui rejetterait la demande (2).

1816. Mais pourrait-il, tout au contraire, soutenir directement, soit par la voie de l'intervention, soit par la voie de l'appel, soit enfin par toute autre voie de recours, la validité d'un mariage faussement argué de nullité selon lui ? L'ordre social ne réclame pas seulement l'annulation des actes faits en violation des lois qui l'assurent : il requiert non moins énergiquement le maintien des actes qui les respectent. Et dès lors il importerait que, lorsqu'ils sont injustement attaqués, il fût permis de les défendre à ceux qui ont la garde des intérêts généraux. Sinon, il pourrait advenir qu'à la suite de collusions frauduleuses un véritable divorce réussît à se dissimuler sous les apparences d'une instance en nullité de mariage. Mais la loi a-t-elle effectivement tenu compte de cet intérêt ? Il ne le semble pas.

Et d'abord le code lui-même n'accorde nulle part au ministère public la faculté de soutenir, comme partie principale, la validité d'un mariage. De ce qu'il l'autorise à la contester, pour restituer leur caractère illégitime à des unions qui blessent la conscience publique, on ne saurait conclure qu'il lui confère le droit inverse de la défendre, lorsqu'elle est mise en question, car il a fort bien pu s'en remettre de ce soin aux intéressés eux-mêmes.

Ce droit résulte-t-il, d'autre part, de l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810 sur l'organisation judiciaire ? Il faut aussi répondre négativement à cette question, si du moins on admet, avec nous (3), que le deuxième alinéa de cette disposition ne

(1) Demolombe, III, n. 309 ; Demante, I, n. 272 *bis*, I ; Planiol, *loc. cit.* — Cpr. pourtant Surville, I, n. 175 *in fine*.

(2) Huc, II, n. 148. — Paris, 30 juin 1877, S., 79. 2. 205, D., 78. 2. 6.

(3) Cf. *supra*, n. 1648.

permet au ministère public de poursuivre d'office l'exécution des lois civiles qui intéressent l'ordre social, que par la voie extrajudiciaire, toutes les fois que, conformément à son premier paragraphe, un texte spécial ne l'a pas expressément investi du droit d'action : car on n'en peut citer aucun, en cette matière, qui ait eu cet objet. Et la même solution s'impose encore, si on ne regarde, avec la jurisprudence, la seconde partie de cet article que comme un développement de la première, et qu'on l'interprète tout entier en ce sens que le droit de poursuite appartient au représentant de la société dans les seuls cas spécifiés par la loi, de quelque nature que soient les prescriptions dont il se prévaut.

L'affirmative semble s'imposer, au contraire, pour ceux (1) aux yeux desquels le second alinéa de l'art 46 étend le champ d'action ouvert par le premier au ministère public, en l'autorisant à agir, même en dehors des cas déterminés par la loi, toutes les fois qu'il s'agit d'assurer le respect d'une de ses prescriptions d'ordre public, car tel serait bien l'objet de son intervention en notre hypothèse. Et cependant il est des auteurs qui, tout en interprétant ainsi cette disposition, en repoussent l'application au mariage, par ce motif qu'une loi générale ne saurait déroger à une loi spéciale. Or nul ne conteste que le code civil, qui a posé des règles tout à fait particulières relativement aux nullités de mariage, ait conféré uniquement au ministère public le droit de s'en prévaloir, lorsque du moins elles sont absolues, sans lui donner celui de combattre, comme partie principale, les demandes ayant pour but de le faire annuler.

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 3, n. 3 ; Demante, I, n. 272 *bis*, III ; Toullier, I, n. 648 ; Valette sur Proudhon, I, p. 444, obs. II ; Marcadé, I, art. 190, n. 663. — Pau, 28 janv. 1809, S., 9. 2. 241, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 521. — Paris, 13 août 1851, S., 51. 2. 465, note de M. Gilbert, D., 52. 2. 113. — Chambéry, 7 fév. 1885, S., 86. 2. 217, note de M. Chavegrin, D., 85. 2. 241 et note. — Cpr. Duranton, II, n. 344 ; Delvincourt, I, p. 76, note 4 ; Vazeille, I, n. 255. — Cpr. aussi Civ. cass. (sur ce point), 30 juillet 1900, S., 1902. 1. 225, D., 1901. 1. 317, *J. Clunet*, 1900, p. 969, arrêt statuant sur une question analogue, et d'après lequel les créanciers des intéressés peuvent intervenir dans une instance en nullité absolue de mariage, aussi bien pour soutenir la validité du mariage que pour en soutenir la nullité ; mais cf. Wahl, note, sous cet arrêt, S., 1902. 1. 225. — Cpr. Tissier, *Rev. crit.*, 1902, p. 595.

Cette réserve de certains jurisconsultes suffit à montrer les périls de l'interprétation qu'eux-mêmes se croient tenus d'admettre. S'il était vrai en effet, et cette observation nous paraît essentielle, que le ministère public eût de plein droit qualité pour poursuivre judiciairement l'exécution de toutes les lois d'ordre social, ce ne serait pas assez de dire qu'il lui est loisible, comme tel, d'intervenir dans les instances en nullité absolues de mariage, soit pour attaquer le mariage, soit pour le défendre : ce droit d'en prendre la défense devrait dès lors lui appartenir, même dans les instances en nullité relative. Car vainement objecterait-on que les nullités de cette sorte sont fondées sur des considérations d'intérêt privé, que peuvent seuls faire valoir ceux en faveur de qui ces nullités sont écrites. On expliquerait bien ainsi que le droit d'attaque fût réservé à certaines personnes seulement : mais les représentants de la société ne seraient-ils pas dans leur rôle, en demandant à défendre le mariage attaqué contre toute justice, et à démasquer la frauduleuse entreprise des parties qui voudraient le faire annuler à raison d'un vice du consentement qui n'a jamais existé? Assurément leur intervention serait rationnellement aussi légitime que s'il s'agissait d'une nullité absolue, et elle ne le serait pas moins en droit, si du moins l'art. 46 avait réellement le sens et la portée qu'on lui donne. La vérité nous paraît être, au fond, que, si le code civil n'a pas conféré au ministère public la faculté de soutenir comme partie principale la validité d'un mariage, à quelque attaque qu'il fût exposé, c'est que, peut-être à tort, elle lui a semblé superflue, étant donné qu'il figure nécessairement au procès comme partie jointe. Or il n'est nullement démontré jusqu'ici que la loi de 1810 ait innové sur ce point (1).

1817. Quoique absolues, les nullités de mariage ne peu-

(1) Aubry et Rau, V, § 458, p. 43, n. 6 ; Demolombe, III, n. 312; Duvergier sur Toullier, I, n. 648, note 2; Laurent, II, n. 497 et 498; Huc, II, n. 149; Allemand, I, n. 517; Ortolan et Ledeau, *Du minist. publ.*, I, p. 164; Garsonnet, *Tr. de proc. civ.*, I, p. 333 s., § 85; Debacq, *Act. du minist. publ.*, p. 329 s.; Fuzier-Herman, art. 184, n. 18 s. — Civ. cass., 1er août 1820, S., 21. 1. 154, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 521. — Civ. cass., 5 mars 1821, S., 21. 1. 192, D., *Rép.*, *loc. cit.* — Cpr. Civ. cass., 5 juillet 1824, S. chr., VII. 1. 490, D., 33. 1. 299; Pascaud, *Rev. crit.*, 1885, XIV, p. 536 s.

vent être invoquées par les personnes qui ne rentrent pas dans l'une quelconque des catégories dont il vient d'être parlé. C'est ainsi, bien évidemment, que le conjoint divorcé de l'un des nouveaux époux ne saurait, sur le fondement d'un intérêt moral, se prévaloir de la nullité de l'union contractée par celui-ci, à raison de la clandestinité de la célébration ou de l'incompétence de l'officier de l'état civil, et ce lors même qu'il agirait tant en son nom personnel qu'au nom de son enfant mineur né du mariage dissous, ou qu'il lui serait dû une pension alimentaire par son ancien époux (1). D'une part, ce mariage ne préjudicie pas, par lui-même, à ses droits. Et, d'autre part, aucun intérêt ne s'est encore ouvert, même en ce qui touche l'enfant commun.

II. *Caractères généraux des nullités absolues au point de vue des pouvoirs du juge et de la durée de l'action.*

1818. En principe, l'annulation d'un mariage argué de nullité absolue doit être prononcée par le juge dès que l'existence de l'empêchement qui l'entraîne est constante. La loi ne saurait lui reconnaître aucun pouvoir d'appréciation, alors que sa violation porte sur une des prescriptions les plus essentielles au maintien de l'ordre social. Et toutefois, si cette règle est commune à trois causes de nullité, l'impuberté, la bigamie et l'inceste, qui ne sont pas susceptibles de plus ou de moins, elle souffre une exception en ce qui concerne la clandestinité et l'incompétence de l'officier d'état civil : pour celles-là, comme elles ont pu avoir pour résultat de priver, à des degrés divers, le mariage de la publicité dont il devait être entouré, il y a lieu de ne statuer que d'après leur gravité effective.

1819. En principe aussi, les nullités absolues sont perpétuelles et peuvent être invoquées à toute époque (2). Elles ne peuvent se couvrir, ni par le temps, car l'atteinte portée à

(1) Planiol, I, n. 1037. — Lyon, 3 juill. 1890, S., 91. 2. 246, D., 90. 2. 365. — Req. rej., 24 mai 1892, S., 92. 1. 299, rapp. de M. Lardenois, D., 93. 1. 412. — Cpr. Paris, 3 mars 1897, S., 97. 2. 102, D., 97. 2. 439.

(2) Portalis, *Exp. des motifs*, Locré, *Lég.*, IV, p. 515, n. 52; *Disc. au C. d'Et., eod. loc.*, p. 372 s, n. 6.

l'ordre public se perpétue avec le mariage, loin de s'atténuer à mesure que la célébration en devient plus ancienne; ni par la ratification de ceux à qui appartient l'action en nullité, car ils ne sauraient renoncer à un droit qui leur est accordé, non dans leur intérêt personnel, mais dans l'intérêt général, de telle sorte que leur confirmation les ferait simplement participer à la violation de la loi dont elle les chargeait de demander compte en son nom (1).

Et néanmoins on s'explique que, par une exception à ce principe, la nullité qui procède de l'impuberté de l'un des époux puisse s'éteindre, comme cesse l'impuberté elle-même, et qu'elle ne soit, comme elle, que temporaire, car le temps répare alors ce qui avait été fait sans lui.

1820. D'autre part, et cette remarque s'applique à toutes les nullités absolues, de ce qu'elles sont en général imprescriptibles et indélébiles, il ne faut pas conclure que les personnes investies du droit de s'en prévaloir puissent toutes exercer leur droit à quelque époque que ce soit, et quoi qu'elles aient fait. Il se peut, d'abord, que la loi elle-même les en prive, en considération de ce qu'ils se sont eux-mêmes associés à sa transgression : ainsi en a-t-elle décidé à l'égard de la famille qui a consenti à un mariage contracté par des époux dont l'un est impubère. Il se peut ensuite que l'intérêt sur le fondement duquel des personnes étaient admises à agir ait cessé d'exister, soit par suite d'une renonciation émanée d'elles, soit par suite de la prescription, soit par toute autre cause : c'est ce qui peut advenir toutes les fois que cet intérêt est seulement pécuniaire. Ce n'est pas alors que la nullité soit couverte : la preuve en est qu'elle continue à pouvoir être invoquée par tous ceux dont l'intérêt subsiste encore. Mais, en perdant le leur, les autres personnes ont perdu du même coup la seule qualité qui rendît leur demande recevable, de telle sorte que l'action en nullité subit, mais quant à elles seulement, le contre-coup d'une prescription ou d'une renonciation qui ne pouvait pas l'atteindre directement. Ainsi les

(1) Demolombe, III, n. 313; Demante, I, n. 267; Toullier, I, n. 629 et 638; Duranton, II, n. 329 et 332; Laurent, II, n. 434 et 499; Huc, II, n. 133 et 158; Planiol, I, n. 1048. — Chambéry, 7 fév. 1885, précité.

collatéraux appelés à recueillir la succession de leur parent, dont le mariage est nul, à l'exclusion des enfants qui en sont issus, seraient dans l'impossibilité de le faire annuler, après qu'ils auraient renoncé à cette succession elle-même, tandis que leur droit resterait intact, s'ils avaient simplement reconnu la pleine validité du mariage ou renoncé expressément à la faculté de l'attaquer. Leur confirmation, en effet, devrait être tenue pour non avenue, et la renonciation implicite aux droits dont elle les privait tomberait dès lors avec elle (1).

Ces règles générales posées, il convient de passer en revue les diverses causes de nullité absolue, pour préciser les particularités qu'elles présentent.

III. Première cause : *Impuberté de l'un des époux.*

1821. Cette cause de nullité offre une double particularité. D'une part, elle est susceptible de s'effacer avec le temps ou à la suite d'un événement déterminé, de telle sorte qu'il ne soit plus au pouvoir de personne de la faire valoir. D'autre part, sans que la nullité soit elle-même couverte, il se peut qu'une fin de non-recevoir, personnelle à celui qui a formé la demande, fasse écarter celle-ci. Au premier cas, le mariage devient valable; au second, il reste nul, quoiqu'il ne puisse plus être attaqué indistinctement par tous les intéressés.

1822. Et d'abord cette nullité se trouve couverte dans deux hypothèses, aux termes de l'art. 185 : « *Néanmoins le* » *mariage contracté par des époux qui n'avaient point encore* » *l'âge requis, ou dont l'un des deux n'avait point atteint cet* » *âge, ne peut plus être attaqué, 1° lorsqu'il s'est écoulé six* » *mois depuis que cet époux ou les époux ont atteint l'âge com-* » *pétent; 2° lorsque la femme qui n'avait point cet âge, a conçu* » *avant l'échéance de six mois.* »

En premier lieu, aucune attaque ne peut plus se produire six mois après que l'époux qui s'est marié impubère est arrivé à l'âge de la puberté légale. Pourquoi séparer des conjoints auxquels ne fait plus défaut, désormais, aucune des qualités

(1) Aubry et Rau, V, § 458, p. 44, n. 12 et 13; § 461, p. 64, n. 41; Demolombe, III, n. 333; Laurent, II, n. 499

physiques ou morales qui sont une des conditions de l'aptitude au mariage (1)? Loin de s'étonner que l'union se trouve ainsi validée après coup, il y aurait plutôt lieu de se demander pourquoi elle ne l'est pas aussitôt après qu'ils ont tous deux l'âge légal, sans attendre l'expiration d'un délai de six mois. Mais Portalis (2) a par avance répondu à cette question, en disant que « toutes les fois que la loi donne une action, elle doit laisser un temps utile pour l'exercer » (3). Peut-être eût-il été plus exact de dire que, si l'on a laissé ainsi l'effet, la nullité, survivre quelque temps à sa cause, le défaut d'âge, c'est pour que la prescription légale fût plus sérieusement sanctionnée, puisqu'en la méconnaissant les époux s'exposent à voir annuler, pendant toute cette durée, une union qui aurait été absolument inattaquable, s'ils avaient eu quelque patience.

1823. Des motifs de notre disposition il résulte, d'abord, que le délai de six mois, à l'expiration duquel le mariage est validé, court du jour où l'époux impubère a atteint, suivant son sexe, l'âge de quinze ou de dix-huit ans, lequel, d'après l'art. 144, est « l'âge compétent » pour contracter une union légitime (4). Ces expressions, qui doivent être prises *secundum subjectam materiam,* ont donc ici un sens tout différent de celui qu'elles possèdent dans l'art. 183.

1824. Il en résulte ensuite qu'il importe peu que les époux aient ou non cohabité pendant ce délai (5). La cohabitation contribuerait à montrer seulement l'intention, chez ceux qui s'y soumettent, de renoncer à demander la nullité de leur mariage. Or ce n'est pas sur le fondement de cette renonciation présumée que l'art. 185 le déclare inattaquable, au bout

(1) Planiol, I, n. 1051.

(2) *Exp. des motifs,* Locré, *Lég.,* IV, p. 513, n. 46.

(3) Cpr. Planiol, I, n. 1052.

(4) Merlin, *Rép.,* v° *Mariage,* sect. VI, § 2, quest. 1 sur l'art. 185; Aubry et Rau, V, § 461, p. 62, n. 28; Demolombe, III, n. 317; Laurent, II, n. 468; Planiol, I, n. 1052; Vazeille, I, n. 242. — Civ. cass., 4 nov. 1822, S., 23. 1. 219, D., *Rép.,* v° *Mariage,* n. 531.

(5) Merlin, *loc. cit.,* quest. 2 sur l'art. 185; Aubry et Rau, *loc. cit.,* p. 62, n. 29; Demolombe, III, n. 318; Valette sur Proudhon, I, p. 439, note *a;* Laurent, II, n. 468; Vazeille, *loc. cit.;* Fuzier-Herman, art. 185, n. 2. — Civ. cass., 4 nov. 1822, précité. — *Contra :* Proudhon, *loc. cit.*

d'un certain temps, aussi bien de la part des tiers, auxquels il eût été du reste déraisonnable de l'opposer, que de la part des époux eux-mêmes, mais par ce tout autre motif que le vice dont il était primitivement atteint s'est trouvé disparaître. Il eût été d'autant plus singulier d'exiger la cohabitation, pour que la nullité fût couverte, que, en s'abstenant de tous rapports jusqu'à l'époque de leur puberté, les deux conjoints se conforment entièrement au vœu de la loi, qui, en leur interdisant le mariage, le leur défendait dans leur propre intérêt, comme dans l'intérêt de la race (1).

1825. Il résulte enfin, selon nous, de ces mêmes motifs que la ratification, soit expresse, soit tacite, donnée par les époux au mariage, après que tous deux sont devenus pubères, mais avant qu'il se soit écoulé six mois depuis lors, reste impuissante, par elle-même, à en couvrir la nullité, à leur égard comme à l'égard des tiers (2). Le principe est, en effet, que les nullités absolues ne sont pas susceptibles de confirmation. Et l'art. 185 n'apporte d'exception à ce principe que dans une mesure qui ne saurait être étendue, sans violer les règles les plus certaines de l'interprétation. S'il laisse ouverte la voie de l'annulation, six mois encore après la date à laquelle l'époux impubère a atteint l'âge compétent, il ne saurait dépendre de la volonté des conjoints de la fermer avant cette époque, et de faire perdre ainsi à une sanction légale une partie de sa rigueur et de son efficacité. Leur renonciation au droit de se prévaloir de la nullité pourrait, sans doute, être prise en considération, si cette nullité, purement relative, était fondée sur leur intérêt privé : cette renonciation reste sans portée, du moment que la nullité est absolue et qu'elle procède des exigences de l'intérêt social.

Vainement objecte-t-on qu'il serait déraisonnable de permettre d'attaquer un mariage qui peut être désormais très

(1) C'est évidemment par inadvertance que M. Huc (II, n. 140) affirme, sans autre justification, que cette « fin de non-recevoir... résulte d'une cohabitation ayant duré six mois depuis que l'âge requis a été atteint ».

(2) Aubry et Rau, V, § 461, p. 62, n. 27; Demante, I, n. 268 *bis*, I; Laurent, II, n. 469; Huc, II, n. 140; Vazeille, I, n. 247; Fuzier-Herman, art. 185, n. 5. — *Contra* : Demolombe, III, n. 318; Toullier, I, n. 622.

valablement célébré, et qu'il vaut infiniment mieux le maintenir, avec tous ses effets. De ce point de vue, il aurait dû devenir inattaquable dès le moment où les deux conjoints sont pubères. En disposant que l'action s'éteindrait six mois seulement après cette époque, la loi montre assez qu'elle a répudié les vues qu'on lui prête. La vérité, en matière de nullités absolues, est que, sauf dérogation expresse à cette règle, l'effet survit à la cause, et la nullité au vice qui l'a engendrée : or, en ce qui concerne celle qui nous occupe, l'art. 185 marque nettement la portée de la dérogation.

Dira-t-on que, si la loi donne un délai de six mois pour intenter l'action après la disparition du vice, c'est afin de « laisser un temps utile pour l'exercer », et que dès lors ceux à qui elle appartient peuvent y renoncer avant l'expiration de celui-ci? Mais, d'abord, cette renonciation ne saurait être alors rationnellement opposable qu'à ceux dont elle émane, et il serait contraire à tous les principes de décider, comme ose pourtant le faire M. Demolombe, que la ratification des époux couvrirait la nullité à l'égard de tous les autres intéressés. D'autre part, en en limitant les effets à la personne de ses auteurs, on s'écarterait de plus en plus de notre disposition, dont le caractère est exceptionnel, et qui ne prévoit que des cas dans lesquels le mariage devient valable *erga omnes*. Puis, s'il avait été réellement permis aux parties de renoncer à leur droit, on chercherait vainement pourquoi cette volonté n'aurait pas pu se manifester tacitement aussi bien qu'expressément, et s'induire, par exemple, de leur cohabitation prolongée pendant plusieurs mois. Cette persistance des époux à remplir leurs devoirs ne serait-elle pas plus éloquente encore que le silence dans lequel ils s'enferment, jusqu'à ce que le délai de six mois soit écoulé, surtout lorsqu'ils restent séparés pendant toute cette période? Si cependant, ainsi qu'on s'accorde à le reconnaître, la confirmation ne peut être tacite, c'est que la loi, lorsqu'elle met fin à l'action, la fait cesser beaucoup moins en considération de la volonté des intéressés d'y renoncer qu'en s'inspirant de considérations supérieures, qui font souhaiter la validation d'un mariage remplissant désormais toutes les conditions

requises. Mais elle ne l'en laisse pas moins exposé, pendant un certain temps, à des attaques dont la seule menace contribue à assurer préventivement le respect des prescriptions légales. Nul ne saurait donc abréger ce temps d'épreuve, durant lequel les époux peuvent être punis de leur imprudence.

1826. Il est permis de se demander, au contraire, si le décès de l'un des époux, survenu avant l'expiration des six mois, a pour effet de rendre impossible l'extinction de l'action par cette première cause, même lorsqu'il se produit après que les deux conjoints étaient devenus pubères. L'affirmative s'imposerait, si notre disposition reposait sur une idée de confirmation, puisque celle-ci serait dorénavant impossible. Et peut-être faut-il encore s'y tenir, quoique le fondement en soit autre, car l'art. 185 semble bien supposer que le mariage dure encore, au moment où les six mois viennent de s'écouler, et qu'il a été possible, aux époux ou à tous autres intéressés, d'en faire prononcer l'annulation pendant toute cette période (1).

1827. En second lieu, le mariage devient inattaquable lorsque la femme qui s'est unie à un mari pubère, avant d'avoir elle-même atteint l'âge compétent, conçoit avant l'échéance des six mois qui suivent l'époque de sa puberté légale, partant, avant d'être âgée de quinze ans et demi (2). Tel est le sens, en effet, de la deuxième partie de l'art. 185, lorsque, supposant que la nullité du mariage n'est pas encore couverte par la cause précédente, il la déclare telle, au cas où la grossesse de la femme survient « avant l'échéance de six mois ». Les six mois dont il parle sont les mêmes, évidemment, que ceux dont il est question dans le précédent paragraphe, et non pas ceux qui suivent la célébration du mariage. Qu'importe, quant au fondement rationnel de cette disposition, la durée du temps qui s'est écoulé depuis cette célébration? Si l'action en nullité s'éteint complètement, c'est, non point parce que l'union est déjà relativement ancienne, mais parce

(1) Demante, I, n. 268 *bis*, II.

(2) Aubry et Rau, V, § 461, p. 63, n. 31; Demolombe, III, n. 319; Demante, I, n. 268 *bis*, III; Marcadé, I, art. 185-I, n. 657; Laurent, II, n. 470; Huc, II, n. 140; Planiol, I, n. 1053.

que la grossesse de la femme démontre péremptoirement sa nubilité, à l'encontre de la présomption légale, et rend plus désirable le maintien du mariage : il est donc indifférent qu'elle se produise plus ou moins tôt après qu'il a été contracté (1).

1828. On admet même communément que la grossesse de la femme peut utilement survenir après l'époque où l'action en nullité a été intentée, et pendant le cours de l'instance (2). Il est de principe, il est vrai, que le juge doit, pour rendre sa sentence, se reporter à l'état de choses existant au jour où la demande a été introduite. Mais l'intention du législateur de déroger à ce principe résulte manifestement de la modification qu'il a fait subir à notre disposition, laquelle exigeait primitivement que la conception fût antérieure à « l'époque de la réclamation » (3). Qu'importe, du reste, que la conception ne se manifeste que durant la litispendance, du moment qu'elle démontre que, de fait, la femme est pubère, si elle ne l'est pas en droit ?

Mais du moins faut-il que cette manifestation se soit déjà produite d'une façon certaine, au moment où les époux invoquent cette fin de non-recevoir, c'est-à-dire que la femme soit d'ores et déjà en état de grossesse : ils ne sauraient se prévaloir des espérances d'une grossesse future pour faire surseoir à la demande (4). Car la loi n'en a nullement subordonné la recevabilité à la condition que la femme ne concevrait pas dans le délai fixé. Elle a, ce qui est tout différent, déterminé une exception opposable à l'action, et le caractère de cette exception est d'être péremptoire, et non pas dilatoire.

1829. La grossesse de la femme serait, d'ailleurs, impuissante à couvrir la nullité procédant de l'impuberté du mari (5).

(1) Portalis, *Exp. des motifs*, Locré, *Lég.*, IV, p. 512, n. 46.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 63, n. 32; Demolombe, III, n. 320; Demante, I, n. 268 *bis*, V; Toullier, I, n. 620; Marcadé, I, art. 185-I, n. 657; Huc, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 185, n. 4 — Cpr. Duranton, II, n. 320; Vazeille, I, n. 243.

(3) Locré, *Lég.*, IV, p. 354, art. 1.

(4) Cf. note 2; Demolombe, III, n. 321.

(5) Aubry et Rau, V, § 461, p. 63, n. 30; Demolombe, III, n. 319; Demante, I, n. 268 *bis*, IV; Toullier, I, n. 620; Marcadé, I, art. 185, n. 657 et 658; Laurent, II, n. 470; Huc, II, n. 140; Planiol, I, n. 1053. — *Contra* : Beudant, I, n. 280.

Les termes de l'art. 185 suffisent eux-mêmes à le montrer, puisque le défaut d'âge est supposé en la personne de la femme. Et rationnellement il doit bien en être ainsi : si la conception démontre la nubilité de l'épouse, elle n'établit pas le moins du monde que le mari soit pubère, cette grossesse pouvant ne pas être son œuvre : eût-il été prudent de fournir à la femme le moyen de valider le mariage par un adultère?

1830. Tels sont les deux seuls cas dans lesquels une union, nulle à raison de l'impuberté de l'un des conjoints, se trouve validée après coup. Elle ne pourrait l'être dans aucun autre, même, par exemple, à la suite de l'obtention des dispenses d'âge postérieurement à la célébration (1). En se montrant plus rigoureux qu'on ne l'était dans le droit canonique, qui concédait d'autant plus volontiers ces dispenses que leur objet principal était précisément cette validation (2), le législateur a voulu, vraisemblablement, imprimer à ses prescriptions une force d'intimidation d'autant plus grande qu'on ne peut pas être affranchi de leur observation, après les avoir méconnues.

1831. Mais, si cette nullité ne peut pas se couvrir autrement que l'art. 185 ne le détermine, il est des personnes auxquelles certaines circonstances font perdre le droit de la proposer, que conservent toutes les autres. C'est alors une simple fin de non-recevoir qui s'élève contre l'action des premières, et qui n'est susceptible d'être opposée qu'à elles personnellement (3). Ainsi, aux termes de l'art. 186 : « *le père, la mère,* » *les ascendants et la famille qui ont consenti au mariage* » *contracté dans le cas de l'article précédent, ne sont point* » *recevables à en demander la nullité.* » La raison en est, disait Portalis (4), qu' « il ne faut pas qu'ils puissent se jouer de la foi du mariage après s'être joués des lois ». Comment les admettre, en effet, à demander la séparation des époux à

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 63, n. 33; Demolombe, III, n. 331; Planiol, I, n. 1048; Fuzier-Herman, art. 145, n. 7, et art. 185, n. 6.

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 280 s.; *Code matrimonial*, I, 3e part., p. 425. — Cf. *supra*, Introd. hist., n. 1391.

(3) Demolombe, III, n. 324.

(4) *Exp. des motifs*, Locré, *Lég.*, IV, p. 513, n. 47.

l'union desquels ils ont prêté leur consentement, alors que la morale et le droit leur faisaient une obligation de s'y opposer par tous les moyens ? Ils ne sauraient, quant à eux, trouver, ni dans leur qualité, ni dans leur expérience, ni dans leur âge, l'excuse que les conjoints eux-mêmes trouvent dans leur ignorance, leur jeunesse, et l'aveuglement de la passion.

1832. Ces motifs mêmes prouvent que cette fin de non-recevoir ne peut être opposée qu'aux ascendants et aux membres du conseil de famille qui, ayant qualité pour donner leur consentement au mariage, y ont effectivement consenti. Elle ne saurait l'être à tous les autres parents, de quelques faits que l'on pût induire qu'ils l'ont eux-mêmes approuvé, soit lors de la célébration à laquelle ils ont assisté, soit postérieurement à celle-ci (1). Inutilement observerait-on, en sens contraire, que l'expression de « famille » les comprend tous, sans exception : l'art. 186 lui-même corrige ce qu'elle a de vague, en spécifiant qu'il faut avoir consenti à l'union pour être privé du droit de l'attaquer. Dès lors, comment le perdrait on, si on n'était même pas appelé à émettre un avis? Serait-ce parce qu'on aurait tout au moins donné son approbation au mariage? Mais l'approbation, si explicite qu'on la suppose, d'un fait qu'on était impuissant à prévenir par les voies légales, et devant lequel il a pu paraître opportun de s'incliner, puisqu'il se consommait, ne saurait entraîner les mêmes déchéances qu'une autorisation qui l'a seule rendu possible, et qui constitue un acte de participation à la violation de la loi qui a été transgressée. C'est de ces vues, d'ailleurs, que s'inspirait déjà notre ancien droit (2), et rien ne démontre que le législateur moderne n'y soit pas resté fidèle.

1833. Puisque cette fin de non-recevoir n'est opposable qu'aux parents qui ont, de fait, consenti au mariage, et que, d'autre part, l'action en nullité appartient concurremment à

(1) Aubry et Rau, V, § 461, p. 61 et 62, n. 25; Demolombe, III, n. 322; Demante, I, n. 269 *bis*, I; Duvergier sur Toullier, I, n. 627, note *b*; Delvincourt, I, p. 75, note 9; Laurent, II, n. 471; Fuzier-Herman, art. 186, n. 1 et n. 4. — *Contra :* Toullier, I, n. 627; Vazeille, I, n. 244. — Cpr. Marcadé, I, art. 186, n 659.

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 448.

tous les ascendants, il en résulte que le consentement donné par le père ne ferait pas obstacle, même du vivant des deux conjoints, à la demande de la mère, qui l'aurait refusé, ni celui des deux parents du premier degré à l'action des ascendants d'un degré plus éloigné (1). On voit par là que le droit des ascendants de se prévaloir de cette nullité n'est nullement illusoire, comme on l'a parfois prétendu. Il est vrai que, lorsqu'ils étaient appelés à consentir au mariage et que celui-ci a été célébré contre leur gré, il leur est loisible d'en réclamer de ce chef l'annulation, tandis qu'ils ne sauraient plus l'attaquer, lorsqu'il a été contracté avec leur assentiment, même à raison de l'impuberté de l'un des époux. Mais la faculté que leur concède l'art. 184 n'en demeure pas moins utile à tous les ascendants qui n'avaient pas qualité pour donner leur approbation au mariage, et dont l'autorité dès lors n'a pas été méconnue, et elle permet encore à ceux qui devaient l'autoriser d'en provoquer l'annulation, même après que l'action fondée sur le défaut de consentement est prescrite (2).

1834. Enfin cette faculté conserve aussi, pour ces derniers, tous ses avantages, lorsqu'ils n'ont consenti au mariage de l'époux qu'après avoir été trompés sur son âge véritable, au moyen de la présentation d'un faux acte de naissance, par exemple, ou tout au moins d'un acte dont les énonciations à cet égard étaient erronées. La fin de non-recevoir établie par notre disposition ne saurait alors leur être opposée, puisqu'on n'a plus à leur reprocher d'avoir consciemment concouru à la violation de la loi (3).

1835. A peine convient-il d'ajouter que cette fin de non-recevoir ne peut servir à faire écarter l'action de la famille que tout autant que la nullité procède du défaut d'âge de l'un des conjoints. Dans le silence de la loi, cette action reste nécessairement recevable lorsqu'elle est fondée sur toute autre

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 62, n. 26. — *Contra :* Demante, I, n. 269 *bis*, I. — Cpr. Demolombe, III, n. 323; Marcadé, *loc. cit.;* Fuzier-Herman, art. 186, n. 2.

(2) Valette sur Proudhon, I, p. 438, note *a*, Laurent, II, n. 471; Huc, II, n. 141.

(3) Demolombe, III, n. 323; Demante, I, n. 269 *bis*, II; Valette sur Proudhon, I, p. 438, note *a;* Huc, *loc. cit.;* Fuzier Herman, art. 186, n. 3.

nullité absolue, puisque tel est précisément le caractère ordinaire de ces sortes de nullités, et qu'on ne le leur a pas enlevé, apparemment à raison de la gravité des vices dont elles sont la résultante (1).

IV. Deuxième cause : *Existence d'un mariage antérieur encore subsistant.*

1836. Conformément aux principes, la nullité d'un mariage entaché de bigamie ne peut se couvrir, ni par la ratification des parties ou la renonciation des intéressés à la faculté de s'en prévaloir, ni par la possession d'état, en dépit de l'art. 196, si du moins on admet l'interprétation qu'on donne généralement de cette disposition, ni enfin par le temps lui-même. La morale publique ne saurait tolérer qu'à aucune époque, et par quelque moyen que ce soit, une union criminelle arrive à usurper les attributs de la légitimité (2).

1837. L'action en nullité peut donc être exercée même après la prescription de l'action publique qui a pour objet la poursuite du crime de bigamie (3). On opposerait en vain la disposition de l'art. 637 du code d'instruction criminelle, d'après lequel l'action civile ne saurait survivre à l'action publique et se prescrit en même temps qu'elle. Car l'action civile que vise cet article est celle qui se propose la réparation pécuniaire du préjudice résultant de l'infraction punissable, tandis que l'objet tout différent de l'action en nullité est la destruction de l'acte qui contrevient à la loi. Cette dernière procède en outre de la méconnaissance du titre du conjoint délaissé, beaucoup plus que du crime dont le bigame s'est rendu coupable.

Elle peut être exercée, pareillement, même après que trente ans se sont écoulés depuis la célébration du mariage bigami-

(1) Demolombe, III, n. 325; Fuzier-Herman, art. 184, n. 4, et art. 191, n. 8.

(2) Demolombe, III, n. 313; Beudant, I, 280.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, quest. 5 sur l'art. 184; Aubry et Rau, V, § 461, p. 64, n. 37; Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, II, n. 472 et 500; Huc, II, n. 142; Vazeille, I, n. 222; Allemand, I, n. 519; Fuzier-Herman, art. 147, n. 41, et art. 184, n. 10. — Paris, 1er août 1818, S., 19. 2. 63, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 524.

que, car son ancienneté n'en modifie pas le caractère et ne le défend pas contre les exigences de l'ordre public (1).

1838. Elle peut l'être encore même après la mort de l'époux délaissé et la dissolution de la première union dans laquelle le bigame était engagé ; car, pas plus pour cette cause de nullité que pour la généralité des autres, la disparition de la cause qui l'engendre ne met fin aux effets qui en dérivent (2). La confirmation des nouveaux époux, survenue depuis lors, serait elle-même impuissante à valider, pour l'avenir, un mariage qui a été nul dès l'origine, quoiqu'il pût être légitimement célébré au moment où elle survient (3). Il n'y aurait de changé que la filiation des enfants qui naîtraient dorénavant des œuvres des époux : elle serait simplement naturelle, au lieu d'être adultérine comme elle l'était jusque-là.

Enfin cette action peut être intentée même après la dissolution de l'union bigamique par la mort de l'un des époux.

Mais on sait déjà que, si ces deux derniers événements restent sans influence sur la validité du mariage, ils rétrécissent le cercle des personnes qui sont admises à la contester.

1839. Encore faut-il, pour que le mariage puisse être annulé de ce chef, que celui qui subsistait toujours lorsqu'il a été contracté, ait été valable lui même. Il appartient donc aux nouveaux époux, ainsi qu'à tous ceux qui sont intéressés à faire maintenir l'union attaquée, d'opposer à la demande, sous forme d'exception préjudicielle, la nullité du premier mariage (4). Cette faculté leur est explicitement reconnue par l'art. 189 : « *Si les nouveaux époux opposent la nullité du* » *premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage* » *doit être jugée préalablement.* » Mais, si cette première union ne constitue un empêchement dirimant à la seconde

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 64, n. 38; Demolombe, III, n. 313; Toullier, I, n. 629; Duranton, II, n. 329; Huc, II, n. 142; Fuzier-Herman, art. 147, n. 39. — Cpr. Planiol, I, n. 1048.

(2) Aubry et Rau, V, § 461, p. 63, n. 34; Demolombe, III, n. 314; Demante, I, n. 267 *bis*, I; Toullier, I, n. 629; Duranton, II, n. 329; Beudant, I, n. 280; Vazeille, I, n. 220. — Paris, 1er août 1818, précité.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 2 quest. 5 sur l'art. 184; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 63, n. 35; Toullier, I, n. 629; Duranton, *loc. cit.*; Vazeille, I, n. 221.

(4) Demolombe, III, n. 330; Demante, I, n. 271 *bis*, I et II; Planiol, I, n. 1017; Fuzier-Herman, art. 147, n. 15, et art. 189, n. 1 s.

que par sa validité, sa seule existence suffit, jusqu'au jour de son annulation, à s'opposer, en tant qu'empêchement prohibitif, à la célébration d'une union nouvelle, car, jusque-là, ce mariage subsiste avec tous ses effets.

1840. Si le mariage entaché de bigamie ne peut être validé par quelque événement que ce soit, il est toutefois utile de rappeler que, lorsqu'il a été contracté par le conjoint d'un absent, l'art. 139 pose une règle toute particulière, au sujet des personnes qui ont le droit de l'attaquer (1).

V. Troisième cause : *Parenté ou alliance au degré où le mariage est prohibé.*

1841. Cette cause de nullité reste entièrement sous l'empire des principes généraux qui gouvernent les nullités absolues. Elle n'est donc susceptible de se couvrir, ni par la ratification, ni par la possession d'état (2), ni par la prescription (3), ni même enfin par l'obtention de dispenses postérieurement à la célébration du mariage, car elles doivent précéder cette célébration, et non la suivre (4). Ici encore, pour assurer plus efficacement le respect de ses prescriptions, la loi continue à frapper de nullité un acte qui n'a réuni que depuis qu'il s'est accompli les conditions nécessaires à sa validité. Elle n'a point, comme on pourrait le croire, subordonné les effets de sa prohibition à cette condition que les dispenses n'auraient pas été obtenues, mais, ce qui est tout différent, la validité du mariage à la condition qu'il aurait été célébré avec les dispenses requises.

VI. Quatrième cause : *Clandestinité du mariage.*

1842. Un mariage est clandestin lorsqu'il n'a pas été « célébré » ou « contracté publiquement », comme le disent

(1) Planiol, I, n. 1016 et 1044. — Cf. tome II, n. 1272 s.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 64, n. 39; Laurent, II, n. 500.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 64, n. 40; Demolombe, III, n. 313; Toullier, I, n. 638; Planiol, I, n. 1048; Vazeille, I, n. 228.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 64; Demolombe, III, n. 334; Toullier, I, n. 638; Demante, I, n. 267 *bis*, I; Laurent, II, n. 474; Huc, II, n. 147; Planiol, I, n. 1048; Beudant, I, n. 280; Vazeille, I, n. 228; Fuzier-Herman, art. 164, n. 1, et art. 184, n. 14.

l'art. 165, qui pose la règle, et l'art. 191, qui la sanctionne. La clandestinité est donc l'absence de publicité dans la célébration : elle se produit lorsque le mariage manque de la publicité qui doit lui être concomitante, et par là des garanties qu'elle devait assurer aux époux, aux tiers et à la société tout entière.

Cette publicité se compose de divers éléments, qui sont la célébration dans la maison commune, l'admission du public, et la présence de quatre témoins remplissant les conditions légales (1). Ces éléments concourent tous, par leur réunion à l'instant même où s'accomplit la solennité, à l'observation de toutes les règles de fond et de forme auxquelles est subordonnée la validité du mariage, et à la divulgation de l'état nouveau qui en résulte pour les époux (2).

1843. Est-ce à dire que l'absence d'un seul d'entre eux doive faire nécessairement considérer l'union comme clandestine et entraîner les conséquences attachées à ce caractère? L'affirmative a été consacrée par la loi en ce qui concerne les conséquences pénales, mais non quant aux suites civiles de cette clandestinité. Aux termes, en effet, de l'art. 193 : « *les* » *peines prononcées par l'article précédent seront encourues* » *par les personnes qui y sont désignées, pour toute contra-* » *vention aux règles prescrites par l'art. 165, lors même que* » *ces contraventions ne seraient pas jugées suffisantes pour* » *faire prononcer la nullité du mariage.* »

Ainsi les pénalités prononcées par l'art. 192, pour défaut de publication, sont également applicables à l'inobservation des règles de l'art. 165, et partant à l'absence de l'un des éléments qui viennent d'être déterminés, par exemple au défaut de célébration dans la maison commune (3).

1844. Mais, au contraire, l'absence d'un seul d'entre eux

(1) Aubry et Rau, V, § 467, p. 111, n. 3-5; Demante, I, n. 240 *bis*, III; Toullier, I, n. 462. — Caen, 13 juin 1819, S., 19. 2. 225, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 558. — Cpr. Planiol, I, n. 1018.

(2) Portalis, *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 498, n. 28; *Disc. au C. d'Et.*, Locré, III, p. 87 et 88, n. 23.

(3) Trib. Langres, 5 février 1868, S., 68. 2. 191, D., 68. 3. 88. — Toulouse (ch. civ.), 1er février 1898, S., 98. 2. 216. — *Contra* : Toulouse (ch. corr.), 7 janv. 1899, S., 99. 2. 16.

ou même de plusieurs ne suffit pas nécessairement, pour entraîner la nullité du mariage comme clandestin : le juge saisi de l'action jouit à cet égard d'un pouvoir souverain d'appréciation, qui ne lui appartient pas pour toutes les autres causes de nullité dont il a été parlé jusqu'ici (1). Et rien n'est plus légitime que cette différence. La bigamie ou l'inceste, par exemple, doivent être des causes péremptoires d'annulation, car ces vices existent ou n'existent pas, et dès lors que leur présence est constatée, elle doit emporter la nullité du mariage qu'ils entachent, sans que le juge puisse, sous quelque prétexte que ce soit, se soustraire à l'obligation de la prononcer. La publicité, au contraire, étant un fait complexe, la clandestinité, qui consiste précisément dans son absence, est par là même susceptible de degrés, suivant que tous les éléments constitutifs de cette publicité ou quelques-uns d'entre eux seulement ont fait défaut, et suivant aussi la nature et l'importance de ceux qui manquent. Si le vœu de la loi est incontestablement qu'ils se trouvent tous réunis, il se peut, cependant, que son but n'en ait pas moins été atteint dans la réalité, quoique de fait cette réunion n'ait pas été complète. C'est que la publicité ne s'évanouit pas totalement par cela seul que tous les moyens d'en assurer la réalisation n'ont pas été employés. Aussi la loi, qui la présume effective et suffisante s'ils l'ont tous été, se garde-t-elle de la présumer insuffisante ou même négative, si l'on a négligé l'un d'eux. Elle s'en remet au juge du soin de décider si la contravention aux

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. V, § 2, n. 6, et sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 191; Aubry et Rau, V, § 467, p. 113, n. 12; Demolombe, III, n. 294; Demante, I, n. 275 *bis*, I et II; Toullier, I, n. 642; Duranton, II, n. 336; Marcadé, I, art. 191-II, n. 667; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 336; Proudhon et Valette, I, p. 410, Valette, *Explic. somm.*, p. 112; Laurent, II, n. 477; Huc, II, n. 154; Planiol, I, n. 1018 s.; Surville, I, n. 179; Beudant, I, n. 257; Vazeille, I, n. 250; Fuzier-Herman, art. 34, n. 7 s. et n. 34 s.; art. 165, n. 3 s. — Civ. rej., 21 juin 1814, S., 14. 1. 291, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 558. — Paris, 13 août 1851, S., 51. 2. 465, D., 52. 2. 113. — Lyon, 10 avril 1856, S., 56. 2. 706, D., 57. 2. 54. — Agen, 28 janvier 1857, S., 57. 2. 215, D., 57. 2. 100. — Aix, 18 août 1870, S., 72. 2. 69, D., 71. 2. 249. — Req. rej., 20 déc. 1875, S., 76. 1. 160, D., 76. 1. 157. — Lyon, 24 fév. 1881, S., 83. 2. 18, D., 81. 2. 199. — Bourges, 13 juillet 1891, D., 92. 2. 599. — Trib. Anvers, 1er juin 1898, *J. Clunet*, 1903, p. 410. — Trib. Bayonne, 7 janvier 1902, *J. Clunet*, 1902, p. 1050.

règles qu'elle édicte a été assez grave pour rendre le mariage véritablement clandestin, et elle ne pouvait mieux faire. Car, s'il est possible qu'un mariage célébré dans la maison commune, mais sans témoins, ait tout à fait ce caractère, il se peut fort bien qu'il ne l'ait pas du tout, quoiqu'il ait été procédé à sa célébration au domicile particulier de l'une des parties, mais en présence du nombre requis de témoins et de tous ceux auxquels il a plu, les portes étant ouvertes, d'assister à cette solennité. Et n'eût-il pas été d'une sévérité injustifiable de réputer une union clandestine, par cela seul qu'elle n'aurait été contractée que devant trois témoins ou même devant quatre, parmi lesquels il s'en trouvait un qui n'avait pas l'aptitude légale à remplir cette fonction (1)?

1845. Mais, quoique certain, le pouvoir d'appréciation du juge doit être bien compris. Qu'après avoir constaté que le mariage a été célébré hors de la maison commune (2), ou sans que le public ait eu la faculté d'assister à cette célébration (3), ou hors de la présence des témoins (4), il puisse se refuser à annuler le mariage, rien n'est plus incontestable, et il serait même autorisé à le faire alors qu'il déclarerait constants deux de ces faits (5).

Mais pourrait-il encore ne pas l'annuler, s'il ne reconnaissait l'existence d'aucun des trois éléments qui concourent à

(1) Le droit canonique exige, pour la validité du mariage religieux, la présence de *deux ou trois* témoins.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. IV, § 1, art. 1, quest. 1; sect. V, § 2, n. 6; Aubry et Rau, V, § 467, p. 112 et 113, n. 7 et 8; Toullier, I, n. 642; Duranton, II, n. 335; Proudhon, I, p. 403 s.; Laurent, II, n. 479; Beudant, I, n. 257; Vazeille, I, n. 250; Glasson, n. 106 et 107; Fuzier-Herman, art. 34, n. 31 s. — Civ. rej., 21 juin 1814, précité. — Civ. rej., 31 août 1824, S., 24. 1. 360, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 561. — Riom, 10 juill. 1829, S., 29. 2. 320, D., *Rép., loc. cit.*, n. 556. — Aix, 18 août 1870, précité. — Cpr. Delvincourt, I, p. 71, note 4; Malleville, I, p. 97.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 113 n. 9. — Cpr. Toulouse, 26 mars 1824, S., 24. 2. 223, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 556.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. IV, § 3, et sect. V, § 2, n. 6; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 113, n. 10; Toullier, I, n. 643; Laurent, II, n. 479; Coin-Delisle, art. 37, n. 6; Fuzier-Herman, art. 34, n. 31 s. — Civ. rej., 21 juin 1814, précité. — Grenoble, 27 fév. 1817, S., 18. 2. 103, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 558. — Cpr. Caen, 13 juin 1819, S., 19. 2. 225, D., *Rép., loc. cit.* — Lyon, 25 août 1831, S., 32. 2. 357, D., 33. 2. 23.

(5) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 111, p. 113, n. 11, et p. 114, n. 13.

la publicité légale ? Nous ne le pensons pas, et sa décision encourrait alors, à notre avis, la censure de la cour de cassation. Il ne saurait être admis effectivement à trouver l'équivalent de cette publicité en dehors des seuls faits dont elle est susceptible de résulter d'après la loi, et, à vrai dire, on n'en voit pas d'autres qui puissent effectivement l'assurer. Il ne saurait l'être davantage à rechercher s'il n'y a pas été supléé postérieurement à la célébration (1), car les faits qui ont pu survenir par la suite sont susceptibles de couvrir la nullité, si elle peut être couverte, mais non d'empêcher qu'elle ait été encourue. Il ne saurait l'être, enfin, à statuer uniquement en tenant compte de « l'intérêt des mœurs et des familles », sans égard à la mesure dans laquelle la publicité a été réalisée, car son appréciation doit porter sur une question de clandestinité, et non sur l'opportunité qu'il y a à maintenir ou non le mariage. En étendant jusque-là son pouvoir, certains auteurs (2) ont perdu de vue la difficulté soumise au juge, qui est de savoir si la célébration a été publique ou si elle ne l'a pas été : son droit souverain d'appréciation doit donc être enfermé logiquement dans ces limites. Vainement a-t-on opposé que cette déduction se trouvait contredite par les paroles du tribun Boutteville (3), car ces paroles s'appliquaient à la faculté qui appartient au ministère public d'attaquer le mariage, et non au pouvoir du tribunal d'en prononcer la nullité. Enfin, de ce que, par un abus de ce pouvoir, le juge puisse, contrairement à la réalité, se dérober à l'obligation de constater l'absence de toute publicité et partant d'invalider le mariage, on ne doit pas conclure qu'après avoir déclaré cette absence de publicité constante, il lui soit encore permis de le tenir pour valable, sans que sa décision tombe sous la censure de la cour suprême (4).

En définitive, c'est une question de publicité que le juge doit trancher, et dès lors il ne peut pas voir cette publicité

(1) Cpr. Laurent, II, n. 480.

(2) Toullier, I, n. 642.

(3) *Disc. au C. lég.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 561, n. 22.

(4) Aubry et Rau, V, § 467, p. 111 et p. 113, n. 12; Laurent, II, n. 480. — Cpr. Demolombe, III, n. 294; Beudant, I, n. 257.

là où elle n'est pas. On ne saurait donc, selon nous, l'inviter, comme le fait encore M. Beudant, à examiner si les parties ont agi « sans intention de frauder la loi, sans intention d'éluder la publicité, sans dessein de clandestinité », ou si elles ont fait « ce que les circonstances ont permis, si les irrégularités sont dues non à un calcul de clandestinité, mais à des exigences démontrées de situation, si en un mot il y a eu bonne foi ». Toute la bonne foi des époux, jointe aux nécessités les plus inéluctables de la situation, ne saurait faire en effet qu'une célébration ne soit pas clandestine, lorsque, sous aucun rapport, elle n'a été publique. Et ce que la loi réprime dans la clandestinité, ce n'est point tant la fraude que l'absence d'une condition à la réalisation de laquelle elle attache le plus haut prix. Là où elle fait totalement défaut, la sanction doit, en conséquence, logiquement s'imposer au juge.

1846. Puisqu'il n'y a de clandestin que le mariage dont la célébration n'a pas été publique, le défaut de publication, ou l'inobservation d'une des règles auxquelles est soumis la publication exigée par la loi, ne suffit pas à lui donner ce caractère, et par suite à en entraîner la nullité (1). Si la publication concourt, en effet, à la publicité du mariage, elle ne constitue nullement un des éléments de publicité de la célébration elle-même, puisque, par nature, elle doit la précéder. Encore qu'il n'y ait pas eu de publication, cette célébration peut être entourée de la plus large publicité, comme aussi elle peut être absolument clandestine, quoique la publication ait été très régulièrement effectuée. Or les termes mêmes de l'art. 191 et de l'art. 165 qu'il sanctionne montrent,

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Bans du mariage*, n. 2; Aubry et Rau, V, § 467, p. 111 et 112, n. 2 et 6; Demolombe, III, n. 295; Demante, I, n. 260 *bis*, II, et 274; Toullier, I, n. 569; Duranton, II, n. 334; Valette sur Proudhon, I, p. 409, note *a*; Delvincourt, I, p. 69, note 3; Laurent, II, n. 478; Huc, II, n. 151; Planiol, I, n. 1020; Beudant, I, n. 252 et 259; Vazeille, I, n. 153; Rieff, n. 163; Fuzier-Herman, art. 34, n. 26 s.; art. 166, n. 7. — Grenoble, 27 fév. 1817, précité. — Riom, 10 juill. 1829, précité. — Civ. rej., 15 juin 1887, S., 90. 1. 446, D., 88. 1. 412. — Paris, 3 mars 1897, S., 97. 2. 102, D., 97. 2. 439. — Trib. Anvers, 1er juin 1898, *J. Clunet*, 1903, p. 410. — Cpr. Lyon, 10 avril 1856, S., 56. 2. 706, D., 57. 2. 54. — Aix, 18 août 1870, S., 72. 2. 69, D., 71. 2. 249. — Lyon, 24 fév. 1881, S., 83. 2. 18, D., 81. 2. 199. — *Contra* : Proudhon, I, p. 409 et 441.

jusqu'à l'évidence, que la loi n'attache la nullité qu'au défaut des éléments de publicité qui doivent être concomitants à la célébration, et non pas à l'absence de ceux qui doivent lui être antérieurs. Il ressort également du rapprochement des deux art. 192 et 193 que la sanction pénale édictée par le premier, pour le défaut de publication, n'est pas renforcée, comme elle l'est par le second, pour la clandestinité de la célébration, par la sanction civile de la nullité.

Cette solution, admise presque unanimement par la doctrine et la jurisprudence, prend le caractère de la certitude lorsqu'on remarque que, si elle n'a pas été aussi expressément consacrée qu'elle l'était par le projet primitif, ce fut sur cette observation du Tribunat qu'il n'y aurait pas de nullité de ce chef, conformément aux principes de la matière, par cela seul qu'on ne la prononcerait pas (1). C'est donc aller directement à l'encontre de ces principes, et méconnaître l'intention formelle du législateur, que de rechercher cette nullité sous les termes, soi-disant « irritants », des art. 64 et 65. Il est vrai que Portalis, dans son exposé des motifs (2), après avoir placé « parmi les mariages clandestins ceux qui n'ont point été précédés des publications requises », ajouta : « la nullité des mariages clandestins est évidente ». Mais lui-même atténua plus tard la portée de sa déclaration, en observant (3) que « l'omission de ces publications et l'inobservation des délais dans lesquels elles doivent être faites, peuvent opérer la nullité d'un mariage en certains cas ». Or cette dernière proposition ne contient rien d'inexact, ni de contraire à la doctrine générale, si on l'entend en ce sens que le défaut de publication, impuissant par lui-même à entraîner l'annulation, peut concourir à la faire prononcer par le juge, en contribuant à faire ressortir la clandestinité d'une célébration à laquelle manquait, d'autre part, un des éléments de sa publicité (4). Mais ce n'est, même alors, qu'un appoint qui emporte la con-

(1) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 409, art. 13 et 14; p. 419, n. 18 et 19; p. 465, art. 43 et 44; *Obs. du Trib.*, p. 457, n. 20 et 21.
(2) Locré, *Lég.*, IV, p. 506 et 507, n. 39.
(3) *Eod. loc.*, p. 515, n. 51.
(4) Cpr. Beudant, I, n. 252.

viction du juge, et qui ne saurait à lui seul motiver sa décision. Il faut donc rejeter l'opinion d'après laquelle la nullité peut être, facultativement, prononcée de ce seul chef, comme celle des auteurs, moins nombreux encore, suivant lesquels elle doit l'être, obligatoirement, en ce cas.

1847. La validité du mariage, qui ne saurait souffrir de l'absence de la publicité antérieure à la célébration, ne peut être compromise, à plus forte raison, par le défaut de celle qui habituellement la suit. Il faut distinguer, en effet, du mariage clandestin le mariage secret : ce dernier est celui qui, contracté publiquement, a été tenu caché par les époux, soit aussitôt après sa célébration, soit plus ou moins longtemps après elle, comme il arrive au cas où deux personnes, mariées dans une ville où elles étaient connues comme telles, sont allées s'établir dans une autre, où elles ont dissimulé avec succès le lien qui les unissait. Valables quant au lien naturel, les unions de cette nature avaient été, dans l'ancien droit, dépouillées de tous les effets civils par l'ordonnance du 26 novembre 1639 (art. 5), sur ce motif « qu'elles ressentent plutôt la honte d'un concubinage que la dignité d'un mariage » (1). Mais cette disposition, qui avait du reste pour objet de prévenir les mésalliances, en enlevant le moyen de les tenir cachées, n'a pas d'équivalent dans le code, dont le silence a été certainement intentionnel (2).

Toutefois, en tenant leur union secrète, les époux peuvent induire les tiers qui contractent avec eux dans une erreur préjudiciable, et s'exposer ainsi à l'obligation de réparer, par application de l'art. 1382, le dommage qu'ils leur causent. On comprend d'ailleurs que la réparation la plus adéquate de ce préjudice pourrait consister à priver les époux du droit de se prévaloir, à l'égard des tiers, de leur titre et de certains

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 426 s.

(2) Portalis, *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 503, n. 38 ; Boutteville, *Disc. au C. Lég.*, p. 556, n. 12; Aubry et Rau, V, § 467, p. 114, n. 14 et 15; Demolombe, III, n. 297; Demante, I, n. 273 *bis*, II; Toullier, I, n. 649; Laurent, II, n. 475; Huc, II, n. 154; Planiol, I, n. 1024; Beudant, I, n. 256; Fuzier-Herman, art. 165, n. 20 s. — Civ. cass., 15 pluviôse an XIII, S. chr., II. 1. 65, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 385. — Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. IX, n. 2, et v° *Clandestinité*, sect. II, § 2.

des effets civils de leur mariage, notamment sous le rapport de l'incapacité de la femme mariée (1).

1848. La nullité qui résulte de la clandestinité, étant absolue, n'est pas susceptible de se couvrir, de quelque façon que ce soit. Spécialement elle ne se couvre, ni par la confirmation, ni par la prescription (2), ni même, sauf démonstration et en dépit de l'art. 196 (3), par la possession d'état, fût-ce dans les rapports des deux époux. Il se peut qu'impressionnés par celle-ci et désireux de maintenir le mariage, les tribunaux usent de leur pouvoir discrétionnaire pour se refuser à le déclarer clandestin. Mais si, après en avoir en fait reconnu sa clandestinité constante, ils se dispensaient en droit de l'annuler, par ce motif que la nullité en a été couverte par la possession d'état, leur décision encourrait nécessairement, à notre sens, la censure de la cour de cassation.

Cette doctrine a été pourtant contredite, même abstraction faite de l'art. 196. D'après certains auteurs (4), les circonstances postérieures au mariage, « servant à révéler si c'est effectivement dans un but de clandestinité » que n'ont pas été observées les prescriptions légales, doivent être prises elles-mêmes en considération par le juge, et au nombre de ces circonstances « il faut évidemment mettre en première ligne la possession d'état, fait incompatible avec l'idée de clandestinité ». Mais, d'abord, c'est très gratuitement qu'ils supposent que la possession d'état d'époux exclut le caractère clandestin de l'union : ce caractère, elle l'a ou ne l'a pas, au moment même de la célébration ; il ne saurait être modifié par des faits qui ne peuvent se produire que par la

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 114, n. 16; Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, *loc. cit.*; Huc, *loc. cit.*; Planiol, *loc. cit.*; Vazeille, II, n. 313. — Req. rej., 30 août 1808, S., 09. 1. 43. — Agen, 8 nov. 1822, S., 32. 2. 563, D., 32. 2. 31.

(2) Portalis, *Exp. des motifs*, Locré, *Lég.*, IV, p. 515, n. 52; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 196; Aubry et Rau, V, § 467, p. 119, n. 33; Demolombe, III, n. 315; Fuzier-Herman, art. 165, n. 2 s., et art. 191, n. 6; *Clunet*, note sous Trib. Seine, 28 juill. 1905, postcité. — Besançon, 31 juill. 1812, S. chr., IV. 2. 168. — Cpr. pourtant Loudéac, 23 nov. 1900, *J. Clunet*, 1901, p. 612. — Trib. Bayonne, 7 janv. 1902, *J. Clunet*, 1902, p. 1050. — Trib. Seine, 28 juill. 1905, *J. Clunet*, 1906, p. 1152.

(3) Cf. *infra*, n. 1948 s.

(4) Cpr. Aubry et Rau, V, § 467, p. 118, n. 31; Demante, I, n. 275 *bis*, III.

suite. Et, en second lieu, de ce que le juge puisse, en fait, avoir égard à cette possession, comme à d'autres circonstances « de nature à entourer la position d'une grande faveur », telles que « la longue durée de l'union, la bonne foi des époux, la naissance d'enfants », on ne saurait déduire qu'il puisse, en droit, déclarer cette possession exclusive, par elle seule, de la clandestinité du mariage attaqué (1).

VII. Cinquième cause : *Incompétence de l'officier de l'état civil.*

1849. Il ne s'agit point ici du cas où le mariage aurait été célébré par un officier public autre qu'un officier de l'état civil, ou, à plus forte raison, par le ministre d'un culte quelconque ou par un simple particulier : il serait alors inexistant, et non pas nul. Il s'agit uniquement de l'hypothèse où il a été procédé à la célébration par un officier de l'état civil incompétent. Et cette incompétence peut exister, soit à raison du domicile ou de la résidence des futurs époux, soit même, selon nous, à raison du lieu où l'officier a exercé son ministère.

La compétence de l'officier municipal se lie dans une certaine mesure à la publicité du mariage, en ce sens, d'une part, que la célébration par l'officier du domicile de l'une des parties augmente cette publicité, puisqu'il y est alors procédé au lieu où elles sont supposées le plus connues ou du moins connues très suffisamment, et, d'autre part, que la célébration par un magistrat incompétent aggrave le vice de clandestinité dont l'union peut être entachée, ou diminue tout au moins la publicité dont elle est entourée, puisqu'elle a lieu dans une localité où les parties peuvent n'avoir aucune attache et où leur mariage peut passer inaperçu. Et ce dernier résultat peut encore se produire lorsque l'officier compétent se transporte dans une commune autre que celle où il exerce ses fonctions et où les parties devaient par conséquent se marier. Cette remarque explique le lien que la loi établit entre la publicité et la compétence, aussi bien dans l'art. 165,

(1) Laurent, II, n. 480. — Cpr. Huc, II, n. 157 et 178.

qui pose les règles relatives à l'une et à l'autre, que dans l'art. 191, qui leur donne leur sanction (1).

1850. Est-ce à dire que cette compétence n'ait été envisagée que comme un des éléments de la publicité, et que par suite l'incompétence de l'officier de l'état civil ne soit pas une cause de nullité distincte de la clandestinité, et suffisante à elle seule pour faire annuler le mariage? Avec la doctrine presque tout entière, nous ne le pensons pas (2). Il est vrai que la conjonctive *et,* qui dans l'art. 191 réunit les deux membres de phrase, « tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, *et* qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent », donnerait à penser qu'il ne prévoit qu'une seule et même cause d'annulation, sans quoi le législateur ne l'eût pas précisément substituée à la disjonctive *ou,* qui figurait dans le projet primitif (3). Mais, d'abord, rien n'indique dans les travaux préparatoires que telle ait été la portée de cette substitution et de l'observation de M. Röderer, qui la provoqua. Et ensuite, s'il fallait la lui reconnaître, il en résulterait que les deux conditions de clandestinité et d'incompétence devraient être cumulativement réunies, pour qu'il y eût nullité, de telle sorte qu'il deviendrait impossible d'annuler un mariage dont la célébration, quoique privée de toute publicité, aurait été l'œuvre d'un officier compétent. Or le fait que ce résultat n'a été admis par personne, montre assez que l'argument tiré de la contexture de l'art. 191 ne prouve rien, puisque, si peu qu'on le presse, il dépasse le but.

Au fond, du reste, il eût été singulièrement exagéré de ne faire de la compétence qu'un des éléments de la publicité. Que l'officier de l'état civil puisse être, à certains égards, considéré, suivant l'expression de Portalis (4), comme un « témoin nécessaire du contrat » qui se forme devant lui, sans doute, car il lui donne, par sa présence, une certitude et une publicité

(1) Demante, I, n. 273 *bis,* I; Laurent, II, n. 481; Planiol, I, n. 1026.

(2) Aubry et Rau, V, § 467, p. 111, n. 1; Demolombe, III, n. 298; Toullier, I, n. 644; Duranton, II, n. 338; Laurent, II, n. 481; Huc, II, n. 153. — *Contra :* Marcadé, I, art. 191-I, n. 664 s.; Surville, I, n. 179. — Cpr. Proudhon, I, p. 409 s.; Planiol, I, n. 1026; Beudant, I, n. 260.

(3) *Disc. au C. d'Et.,* Locré, *Lég.,* IV, p. 409, art. 12, et p. 418, n. 17.

(4) *Exp. des mot.,* Locré, *Lég.,* IV, p. 515, n. 52.

qu'il aurait à un moindre degré, sans elle. Mais, en outre et surtout, il concourt de sa personne à la formation du mariage, par le rôle essentiellement actif qu'il joue dans sa célébration, et c'est lui seul qui, en prononçant, au nom de la loi, que les parties sont unies par le mariage, confère aux consentements qu'elles échangent par-devant lui toute leur efficacité et leur force juridique. On comprend donc que, lorsque cet important ministère est rempli par un officier de l'état civil autre que celui qui était désigné par la loi, l'union puisse, pour cette unique cause, et abstraction faite de la plus ou moins grande publicité dont la célébration a été entourée, être exposée à une demande en annulation, procédant, exclusivement et complètement, de l'incompétence de celui qui lui a donné la consécration légale.

1851. Mais cette incompétence, pas plus que la clandestinité, n'entraîne d'une façon nécessaire la nullité du mariage : le juge jouit du même pouvoir d'appréciation, pour l'une et l'autre de ces deux formes d'inobservation de la loi (1). C'est ce qui paraît bien résulter, quoiqu'on l'ait contesté, de l'art. 193, qui, édictant une sanction pénale « pour toute contravention aux règles prescrites par l'art. 165 », déclare qu'elle est encourue « lors même que ces contraventions ne seraient pas jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage ». Or l'une des deux règles posées par cette dernière disposition est précisément relative à la compétence de l'officier public *ratione personae,* d'où il suit que le tribunal doit, tout comme pour l'autre, apprécier la gravité de la violation qui en a été commise. Objectera-t-on que, si l'on s'explique cette faculté, en ce qui concerne la clandestinité, susceptible de degrés

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 191 ; Aubry et Rau, V, § 467, p. 114 et 115, n. 18 ; Demolombe, III, n. 298 ; Demante, I, n. 275 *bis*, II ; Toullier et Duvergier, I, n. 644 ; Valette sur Proudhon, I, p. 410, obs. I ; Marcadé, I, art. 191-II, n. 667 ; Laurent, II, n. 483 ; Huc, II, n. 155 ; Planiol, I, n. 1026 ; Beudant, I, n. 260 ; Vazeille, I, n. 251 ; Rieff, n. 224 et 225 ; Fuzier-Herman, art. 165 n. 28 s. — Civ. rej. 31 août 1824, S., 24. 1. 360, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 561. — Paris, 5 janv. 1852, S., 52. 2. 14, D., 52. 2. 173. — Colmar, 27 fév. 1852, S., 52. 2. 488, D., 52. 2. 260. — Req. rej., 20 déc. 1875, S., 76. 1. 160, D., 76. 1. 157. — Cpr. Duranton, II, n. 338 s. ; Proudhon, I, p. 410 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 336.

différents, on ne saurait la concevoir, en ce qui touche la compétence de l'officier de l'état civil, laquelle existe ou n'existe pas? Sans doute, l'officier est compétent ou il ne l'est point. Mais, d'abord, parmi tous ceux qui ne le sont pas, il y en a dont l'incompétence est plus ou moins grande, en ce sens qu'elle porte une atteinte plus ou moins grave à la publicité du mariage, suivant que les époux étaient plus ou moins inconnus dans le lieu où il a été célébré, et que le but des prescriptions légales a été ainsi plus ou moins manqué. Ce n'est pas dire, on l'observera, qu'au fond la clandestinité, sous quelque aspect qu'elle se traduise, emporte seule la nullité de l'union : c'est s'inspirer simplement de cette idée que, la compétence se déterminant par le domicile ou la résidence des futurs conjoints, l'incompétence est plus ou moins accentuée suivant que ces derniers sont allés se marier plus ou moins loin de ce domicile ou de cette résidence, et en un lieu où leur union, contrairement au but de la loi, a dû passer plus ou moins inaperçue. Le pouvoir discrétionnaire du juge lui permet, au reste, de tenir compte de la bonne ou de la mauvaise foi des époux, de l'erreur plus ou moins excusable dans laquelle ils sont tombés, et son utilité sous ce rapport est d'autant plus réelle que les règles relatives à la compétence n'ont pas eu toujours, on le sait, ce caractère de précision qui rend toute méprise impossible; il se trouve donc ainsi amplement justifié.

1852. Le mariage peut d'ailleurs, selon nous, être annulé de ce chef, soit au cas où il a été célébré par un officier autre que celui du domicile ou de la résidence de l'un des époux (1), soit même lorsqu'il l'a été par l'officier compétent à raison des personnes, mais sur le territoire d'une commune autre que celle où il exerce ses fonctions (2). En d'autres

(1) Aubry et Rau, V, § 467, p. 114, n. 17.

(2) Demolombe, III, n. 207 et 298; Demante, I, n. 240 *bis*, IV; Duranton, II, n. 340 s.; Richelot, I, p. 249, note 13; Laurent, II, n. 482 et 483; Huc, II, n. 155; Planiol, I, n. 1025; Beudant, I, n. 257; Rieff, n. 224. — Civ. rej., 31 août 1824, précité. — *Contra :* Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. IV, § 1, art. 1, quest. 3; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 115, n. 20. — Cpr. Demante, I, n. 240 *bis*, III; Vazeille, I, n. 251. — En droit canonique, croyons-nous, le propre curé ne peut fournir son assistance au mariage de ses paroissiens que dans sa paroisse; mais, s'il le faisait

termes, la nullité peut être la conséquence aussi bien de l'incompétence *ratione loci* que de l'incompétence *ratione personarum*. Cette solution s'impose, s'il est vrai, comme nous l'avons dit (1), que l'art. 165 ne fait que reproduire, en termes différents, la règle de l'art. 74, d'après laquelle le mariage doit être célébré « dans la commune » où l'un des époux a son domicile ou sa résidence : la sanction des art. 191 et 193 doit se trouver dès lors applicable, toutes les fois que cette règle est violée, de quelque façon qu'elle le soit.

1853. Mais, du reste, fût-elle violée sous l'un et l'autre rapport, et l'incompétence de l'officier public fût-elle à la fois personnelle et territoriale, que la sanction de la règle ne changerait pas de caractère, et que le juge continuerait à être investi, pour son application, du même pouvoir discrétionnaire (2). C'est donc arbitrairement qu'on a, en l'absence de toute distinction dans les textes, décidé parfois que la nullité s'imposait en pareille hypothèse.

1854. Au contraire, ce pouvoir d'appréciation ne saurait être, selon nous, reconnu au juge dans le cas où l'incompétence du prétendu officier de l'état civil qui a procédé à la célébration du mariage, résulterait de l'irrégularité de la délégation en vertu de laquelle il a agi, comme le cas s'est présenté, antérieurement à la loi municipale du 5 avril 1884, dans la célèbre affaire des mariages de Montrouge. Si l'on admet en effet, à l'encontre de la décision de la cour suprême, que cette irrégularité a pour conséquence de détruire radicalement, en la personne du délégué, le principe de toute compétence (3), on doit logiquement reconnaître, nous semble-t-il, non pas seulement que le mariage qu'il a célébré est annulable, aux termes de l'art. 191, mais bien qu'il est inexistant. Le considérer seulement comme nul, ainsi que l'ont fait certains auteurs (4), ce serait faire abstraction, à cet égard, de la

hors de sa paroisse, le mariage ne serait pas entaché de nullité. Le mariage serait *illicite*, mais *valide*.

(1) Cf. *supra*, n. 1595.

(2) Cf. note 2 de la page précédente.

(3) Cf. tome II, n. 800.

(4) Faustin-Adolphe Hélie, *France jud.*, 1883, 1re part., p. 275; Wallon, *Rev. crit.*, 1884, XIII, p. 15.

distinction de l'inexistence et de la nullité, et placer dans la disposition précitée, en matière de compétence, la sanction de l'une et de l'autre.

A vrai dire, il peut paraître singulier de considérer comme dépourvu de toute qualité, à l'égal d'un simple particulier et d'un véritable intrus, le conseiller municipal qui agit en vertu d'une délégation du maire, se présente aux parties, dans la maison commune, pour remplir le ministère dont cette délégation l'autorise à s'acquitter, sans que celles-ci aient le moyen d'en vérifier la régularité, et qui, à tout prendre, aurait pu, dans d'autres circonstances, faire fonction d'officier de l'état civil. Mais il n'empêche qu'en dehors des conditions auxquelles était subordonnée la légalité de son investiture, il n'avait, en dépit des apparences, pas plus de qualité qu'un simple intrus. Et voilà bien, à notre sens, la différence qu'on peut relever entre sa situation et celle de l'officier de l'état civil qui instrumente en dehors de sa commune : celui-ci n'en reste pas moins le ministre désigné par la loi, quoiqu'il agisse hors du territoire où il doit exercer ses fonctions, et l'officier du lieu où il agit n'est nullement compétent à sa place, tandis que la personne investie d'une délégation irrégulière joue un rôle qui appartient à autrui, et usurpe une fonction qu'elle n'était pas appelée à remplir.

Ce n'est pas à dire que nous entendions condamner le juge à déclarer nécessairement inexistantes les unions célébrées dans de semblables conditions. Et on comprend que le souci de la stabilité des familles et du respect de la bonne foi aient fait ardemment rechercher les moyens juridiques d'éviter les conséquences d'une solution aussi rigoureuse. Aussi nous paraît-il que c'est ici le lieu de faire intervenir, sinon la maxime « *error communis facit jus* » elle-même, du moins le principe d'équité dont elle s'inspire [1]. S'il est de règle que l'erreur commune, ou plutôt l'impossibilité pour les parties de vérifier ou de prévenir l'irrégularité d'un acte, surtout d'un acte administratif, dont elles sont obligées de subir les

[1] Cf. Beudant, I, n. 99-102, et les autorités citées sous l'arrêt de Cass. du 7 août 1883, S., 84. 1. 1, D., 84. 1. 4, et notre tome II, n. 800. — Cpr. Rennes, 28 mai 1878 *Le Droit*, 30 juin 1878.

conséquences, couvre les vices dont il est atteint (1), ce principe doit recevoir son application à notre matière, puisque cette vérification est particulièrement difficile pour les futurs époux auxquels se présente l'officier qui va les marier. Il est vrai qu'on ne défend pas, par ce moyen, le mariage contre toutes les attaques qui auraient pour objet d'en contester l'existence, puisqu'il se pourrait que les parties eussent été conscientes, sinon complices, de l'irrégularité commise, et qu'elles ne pussent se prévaloir de leur bonne foi pour en réclamer le maintien. Mais du moins le principe invoqué suffit-il à la sauvegarde de la bonne foi, quand elle a réellement existé, sans compromettre l'autorité des prescriptions qui régissent l'organisation de l'état civil.

1855. Il découle enfin de l'identité des règles qui gouvernent les deux dernières causes de nullité, que celle qui résulte de l'incompétence de l'officier de l'état civil n'est pas plus susceptible de se couvrir que celle qu'engendre le défaut de publicité (2).

Et il s'ensuit, pareillement, que la contravention aux règles de la compétence doit être nécessairement punie des peines qu'édictent les art. 192 et 193.

N° 4. Des violations de la loi qui ne sont pas sanctionnées par la nullité.

1856. Telles sont les seules nullités que prononce la loi, à raison de l'existence d'un vice de fond ou de forme dans le mariage. Il n'y en a aucune autre, s'il est de principe, comme on croit l'avoir établi, qu'il n'existe pas de nullités virtuelles en cette matière. Tous les autres empêchements consacrés par la loi n'ont donc, si irritants que paraissent les termes des dispositions qui les contiennent, que le caractère prohibitif. Cette proposition, fermement appliquée, conduit aux déductions suivantes (3).

1857. 1° La validité d'un mariage ne saurait être contestée sur ce fondement que l'acte de consentement de la famille

(1) Cf. Req. rej., 6 mai 1874, S., 74. 1. 471, D., 74. 1. 412.

(2) Cf. *supra*, p. 441, note 2.

(3) Sur l'effet simplement prohibitif d'une opposition à mariage, cf. *supra*, n. 1659.

n'était pas revêtu des formes légales, par exemple qu'il n'était pas authentique ou ne portait pas le nom de la personne avec laquelle le futur époux devait se marier, dès lors que l'existence du consentement est certaine, et qu'il a été donné librement et en connaissance de cause (1).

1858. 2° Elle ne peut pas l'être non plus à raison du défaut du consentement de l'autorité publique sous les ordres de laquelle était placé le futur époux (2).

Mais, à défaut de nullité, les prescriptions qui l'obligent à se munir de ce consentement préalable ne sont cependant pas dépourvues de toute sanction. En ce qui concerne les officiers, le décret du 16 juin 1808 (art. 1, al. 2) édicte d'abord que « ceux d'entre eux qui auront contracté mariage sans cette permission, encourront la destitution et la perte de leurs droits, tant pour eux que pour leurs veuves et leurs enfants, à toute pension ou récompense militaire » (3). Puis, par une disposition plus générale, il décide (art. 3) que « tout officier de l'état civil qui sciemment aura célébré le mariage d'un officier, sous-officier ou soldat en activité de service sans s'être fait remettre les dites permissions, ou qui aura négligé de les joindre à l'acte de célébration du mariage, sera destitué de ses fonctions ». Et, quant aux agents ou fonctionnaires des services diplomatique ou consulaire, le décret du 19 avril 1894 (art. 3) les menace, en cas d'infraction à ses dispositions, de la mise en retrait d'emploi ou en disponibilité (4).

1859. 3° Elle ne peut pas l'être davantage à raison du défaut de notification (5), du projet de mariage aux père et

(1) Aubry et Rau, V, § 467, p. 116, n. 24, et § 466, p. 107, n. 5 et 6; Coin-Delisle, art. 73, n. 4; Chardon, *Puiss. patern.*, n. 204. — Cpr. Demolombe, III, n. 53 et 55. — Pau, 24 mars 1859, S., 59. 2. 519, D., 60. 2. 156.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. III, § 1, n. 5; Aubry et Rau, V, § 463, p. 83 et 84; n. 12; Demolombe, III, n. 92; Toullier, I, n. 557; Planiol, I, n. 1001-5°; Surville, I, n. 149; Beudant, I, n. 220; Vazeille, I, n. 133; Mersier, *op. cit.*, n. 225; Fuzier-Herman, art. 144, n. 61.

(3) Cf. Avis du C. d'Etat du 16 mars 1836; Béquet, *op. cit.*, n. 620.

(4) Cf. *supra*, n. 1498.

(5) Il en était de même du défaut d'acte respectueux avant la loi de 1907. Bigot-Préameneu, *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 592 et 593, n. 8; Aubry et Rau, V, § 463, p. 84, et p. 89, n. 41; Demolombe, III, n. 270 et 341; Demante, I, n. 214,

mère, et ce, dans les cas où cette notification est prescrite, que le mariage soit célébré en France, ou qu'il soit célébré entre Français, en pays étranger, dans les formes du lieu. Cette solution résulte, pour la dernière hypothèse, de l'interprétation qui sera donnée, conformément à l'opinion la plus générale aujourd'hui, à l'art. 170.

Mais, lorsque la célébration a eu lieu en France, à défaut de sanction civile, l'art. 157, modifié par la loi du 21 juin 1907, contient la sanction pénale de cette irrégularité; et cette sanction est la même que celle que prononce l'art. 156, pour le défaut d'énonciation du consentement de la famille dans l'acte de mariage : « *L'officier de l'état civil qui n'aura* » *pas exigé la justification de la notification prescrite par* » *l'article 151 sera condamné à l'amende prévue en l'article* » *précédent.* » Comme celle de l'art. 156, cette disposition est indépendante de celle de l'art. 193 C. pén., dont l'objet est tout différent. Aussi, avant la loi de 1907, ne pouvait-on pas plus soutenir, pour l'une que pour l'autre, que l'art. 193 C. pén. les avait abrogées, car il ressort de l'art. 195 de ce même code que ce dernier n'a point supprimé les pénalités édictées à notre titre (1). *A fortiori,* ne le peut-on pas depuis la loi de 1907, qui, en modifiant l'art. 157 C. civ., en a implicitement reconnu l'existence.

Les pénalités de l'art. 157 ne sont, d'ailleurs, encourues que tout autant que la notification n'a pas été faite ; elles ne le seraient plus si l'officier municipal avait seulement négligé de mentionner son accomplissement. Elles consistaient autrefois, d'une part en une amende de 1 à 300 fr. (2), et d'autre part en un emprisonnement, dont la durée ne pouvait être ni inférieure, ni supérieure à un mois, puisque la loi n'en avait

et n. 260 *bis*, II, Duranton, II, n. 104 et 113; Delvincourt, I, p. 61, note 4; Laurent, II, n. 455; Huc, II, n. 40; Planiol, I, n. 1001-1°; Surville, I, n. 146-I; Beudant, I, n. 219; Fuzier-Herman, art. 151, n. 14 s.; Pezzani, n. 317 s. — Req. rej., 12 févr. 1833, S., 33. 1. 195, D., 33. 1. 129. — Trib. Seine, 22 févr. 1883, *Le Droit*, 2 mars 1883. — *Contra :* Toulouse, 29 juill. 1828, S., 29. 2. 29, D., 29. 2. 40.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 90; Demolombe, III, n. 91 ; Garraud, *Tr. de dr. pén.*, III, n. 335; Chauveau et Faustin-Hélie, *Théor. du code pén.*, éd. Villey, III, n. 899. — *Contra :* Carnot, *Code pén.*, I, art. 193, n. 5. — Cf. *supra*, n. 1792.

(2) Cf. *supra*, n. 1793. — Bastia, 1er oct. 1844 (Béquet, *op. cit.*, n. 285).

pas fixé le maximum et qu'elle n'admet pas de peines arbitraires. C'est donc à tort que certains auteurs (1), s'inspirant de la décision de l'art. 193 précité, qui vise, de leur propre aveu, une tout autre infraction, déclaraient que la peine de prison pouvait s'élever jusqu'à une année. Mais, depuis la loi de 1907, la question ne peut plus se poser, car le délit n'est plus puni que de l'amende de 1 à 300 fr. (2).

1860. 4° Le mariage n'est pas nul non plus à raison de l'existence d'un empêchement dérivant de l'adoption (3). Vainement dit-on que la parenté fictive qu'elle engendre doit avoir, sous ce rapport, les mêmes conséquences que la parenté naturelle. Outre que le caractère de cette parenté peut permettre précisément de sanctionner d'une façon moins sévère l'empêchement qui en dérive, l'art. 184, ce qui est plus péremptoire, ne renvoie qu'aux art. 161 à 163, et non à l'art. 348, qui établit celui-ci. Et peu importe que ce dernier « prohibe » le mariage entre les personnes qu'il énumère : il ne résulte pas de ces termes, dans le silence de la loi au chapitre des nullités, que cet empêchement soit dirimant, mais simplement qu'il est prohibitif.

1861. 5° L'annulation du mariage ne peut pas non plus être demandée à raison de la violation, soit des art. 228, 296 et 297, ces derniers modifiés par la loi du 13 juillet 1907, qui défendent à la femme veuve ou divorcée de se remarier avant l'expiration d'un certain délai minimum (4), soit de l'art. 295, qui défend à deux époux divorcés de se réunir

(1) Demolombe, III, n. 91; Fuzier-Herman, art. 157, n. 2. — Cpr. Demante, I, n. 214.

(2) Campistron, *op. cit.*, n. 37 et 38.

(3) Aubry et Rau, V, § 463, p. 82, n. 3; Demolombe, III, n. 338; Marcadé, II, art. 348, n. 2; Laurent, II, n. 484; Huc, II, n. 65; Surville, I, n. 154; Beudant, I, n. 231. — *Contra :* Merlin, *Rép.*, v° *Empêch. de mar.*, § 4, art. 2, et v° *Mariage*, sect. VI, § 2; Proudhon, I, p. 403; Demante, I, n. 260 *bis*, II; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 159; Planiol, I, n. 1002 et 1014; Vazeille, I, n. 228.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Noces* (secondes), § 2, n. 1; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 82, n. 5; Demolombe, III, n. 337; Demante, I, n. 260 *bis*, IV; Toullier, I, n. 651, et II, n. 664; Duranton, II, n. 176; Valette sur Proudhon, I, p. 404; Marcadé, I, art. 228-I, n. 756; Laurent, II, n. 484; Planiol, I, n. 1001-3°; Surville, I, n. 155; Beudant, I, n. 241; Vazeille, I, n. 100; Pezzani, n. 539 s.; Mersier, *op. cit.*, n. 170; Fuzier-Herman, art. 228, n. 4. Civ. rej., 29 oct. 1811, S., 12. 1. 46, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 969. — *Contra :* Proudhon, I, p. 401; Delvincourt, I, p. 65, note 4.

lorsque l'un d'eux a, depuis leur séparation, contracté un nouveau mariage suivi d'un nouveau divorce (1). Et elle ne le pouvait pas davantage, avant l'abrogation de ce texte par la loi du 15 décembre 1904, à raison de la violation de l'art. 298, qui interdisait le mariage de l'époux coupable d'un adultère qui avait entraîné le divorce, avec son complice (2). Tous les arguments produits en sens opposé, sur l'un ou l'autre de ces points, viennent se heurter au principe qu'il n'y a pas de nullité virtuelle de mariage.

Toutefois, à défaut de sanction civile, la prohibition de l'art. 228 a une sanction pénale, qui est contenue dans l'art. 194 C. pén. Aux termes de cette disposition, « l'officier de l'état civil sera aussi puni de seize francs à trois cents francs d'amende, lorsqu'il aura reçu, avant le temps prescrit par l'art. 228 du code civil, l'acte de mariage d'une femme ayant déjà été mariée ». Ces pénalités n'atteignent donc que l'officier public : elles ne sauraient être encourues par la femme, ni comme coauteur, ni comme complice (3).

1862. 6° Le défaut de publication, et, à plus forte raison, l'inobservation dans la publication d'une des prescriptions qui la régissent, sont insuffisants, par eux-mêmes, ainsi qu'il a déjà été démontré, à entraîner la nullité du mariage, tout au moins lorsque sa célébration a eu lieu en France.

Mais, à défaut de sanction civile pour ce cas, l'art. 192, modifié par la loi du 21 juin 1907, édicte une sanction pénale, dans les termes suivants : « *Si le mariage n'a point été pré-*

(1) Surville, I, n. 156; Beudant, I, n. 234. — Cpr. sur l'ancien art. 295 : Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 82, n. 7; Demolombe, III, n. 339; Toullier, I, n. 651; Duranton, II, n. 178; Vazeille, I, n. 103; Laurent, *loc. cit.* — *Contra :* Proudhon, I, p. 406; Demante, I, n. 260 *bis*, II; Planiol, I, n. 1002 et 1028.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Empêch. de mar.*, § 4, art. 9; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 83, n. 9; Toullier, I, n. 651; Duranton, II, n. 178; Laurent, *loc. cit.*; Huc, II, n. 402; Surville, I, n. 157; Beudant, I, n. 237; Vazeille, I, n. 103; Pezzani, n. 553 s.; Mersier, *op. cit.*, n. 409; Carpentier, *Tr. du divorce*, n. 323 et 325; Coulon, *Le divorce et la sép. de corps*, V, p. 48 s.; Fuzier-Herman, art. 147, n. 6. — Anvers, 29 avril 1864, D., 64. 3. 45. — Trib. Lyon, 27 déc. 1888, S., 90. 2. 199, D., 90. 2. 365. — Trib. Seine, 20 mai 1896, S., 96. 2. 221, D., 99. 2. 50. — Paris, 3 mars 1897, S., 97. 2. 102, D., 97. 2. 489. — *Contra :* Proudhon et Valette, I, p. 407; Demante, *loc. cit.*; Delvincourt, I, p. 67, note 8, et p. 75. — Cpr. Planiol, 1re édit., III, n. 362.

(3) Garraud, *op. cit.*, III, n. 335.

» *cédé de la publication requise ou s'il n'a pas été obtenu des* » *dispenses permises par la loi ou si les intervalles prescrits* » *entre les publications et célébrations n'ont point été obser-* » *vés, le procureur de la République fera prononcer contre* » *l'officier public, une amende qui ne pourra excéder trois* » *cents francs (300 francs)*; *et contre les parties contractantes,* » *ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi, une* » *amende proportionnée à leur fortune.* » Ainsi l'amende, dont le maximum est fixe en tant qu'elle peut atteindre l'officier de l'état civil, varie dans son chiffre, par une notable exception aux principes de notre droit criminel, avec les ressources des époux ou des personnes qui n'ont pas employé l'autorité dont elles jouissaient, quant au mariage, pour empêcher la violation de la loi, en tant qu'ils en sont passibles.

1863. Mais, si l'omission de la publication reste sans influence sur la validité des mariages célébrés en France, ne la compromet-elle pas, au contraire, lorsqu'ils sont contractés par des Français à l'étranger, suivant les formes usitées dans le pays? Cette question est des plus controversées, et la difficulté vient surtout des termes particuliers de l'art. 170.

A prendre ce texte isolément, il semblerait, au premier abord, qu'elle dût être résolue dans le sens de l'affirmative, car, lorsqu'il dit que « le mariage... sera valable... pourvu qu'il ait été précédé de la publication prescrite », n'est-ce pas faire clairement entendre qu'elle est une condition de sa validité, en l'absence de laquelle il doit être nécessairement nul? L'inaccomplissement de la condition ne doit-il pas produire ses effets ordinaires? Ce premier argument n'est pourtant pas décisif. En définitive l'art. 170, quels qu'en soient les termes, ne prononce pas expressément la nullité des unions contractées à l'étranger sans publication, et ce n'est que par un argument *a contrario* qu'on peut l'induire de cette disposition. Or celui-ci est, particulièrement en notre matière, d'autant moins concluant, qu'il va à l'encontre du principe qu'il n'y a pas de nullités virtuelles de mariage. Ce principe reste-t-il sans application à ceux qui ont été célébrés à l'étranger? Rien n'autorise à le croire, et tous les motifs sur lesquels il repose doivent faire supposer le con-

traire : car, s'il importe de réglementer avec la plus entière précision toutes les conditions auxquelles un contrat de cette nature peut être invalidé, il n'y a pas à distinguer, sous ce rapport, suivant qu'il s'est formé en France ou en dehors de ce pays (1). Puis ce même argument est d'autant moins admissible qu'il conduit à attacher la sanction la plus sévère à l'inobservation d'une formalité imposée à nos nationaux contrairement à la règle *locus regit actum*, qui, par elle-même, les en aurait dispensés. Suffit-il dès lors à démontrer que, par une seconde dérogation au droit commun, l'absence de publication, qui n'influe pas sur la validité des unions célébrées en France, en entraîne obligatoirement la nullité, lorsqu'elles sont contractées à l'étranger, et qu'un empêchement, simplement prohibitif pour les premières, prend, pour les secondes, le caractère dirimant ?

Il y avait, observe-t-on, il est vrai, de bonnes raisons pour le décider ainsi. Lorsqu'un mariage est célébré dans notre pays, la publication ne constitue qu'un des éléments, et non pas des principaux, de la publicité dont il doit être entouré : il se peut fort bien qu'à son défaut elle lui soit pourtant assurée, dans la mesure désirable, par l'accomplissement de toutes les autres conditions qui font de cet acte un acte solennel. Aussi la loi a-t-elle pu se borner, pour ce cas, à sanctionner ses prescriptions par les pénalités pécuniaires dont sont passibles, aux termes de l'art. 192, l'officier public, les parties contractantes et ceux sous la puissance desquels elles sont placées. Mais c'eût été pure imprudence, de sa part, de s'en tenir à de pareilles sanctions, lorsque l'union est contractée en territoire étranger, suivant les formes usitées dans le pays. D'une part, elles ne peuvent plus atteindre l'officier public, libre en conséquence de méconnaître les dispositions qu'elles veulent faire respecter. D'autre part, l'omission de la publication en France prive le mariage de toute publicité dans ce pays, puisqu'elle a pour résultat de supprimer celle qui devait être antérieure à sa célébration, et que celle qui

(1) Cpr. Fuzier-Herman, art. 170, n. 49 s., et *Rev. prat.*, 1876, XLI, p. 113; Albert Verger, *op. cit.*, p. 68 s.

doit lui être concomitante était déjà irréalisable par nature. Partant, ne conçoit-on pas que la loi ait pu, dans l'art. 170, attacher, en ce cas, à cette omission des conséquences qu'elle n'a pas normalement ?

1864. Il s'en faut que cette argumentation soit péremptoire. Elle fait d'abord abstraction de la possibilité qui reste entière, même lorsqu'elles vont se marier à l'étranger, d'appliquer aux parties, ainsi qu'aux personnes dont elles dépendent, les pénalités que fait encourir le défaut de publication. Ensuite et surtout, c'est faussement qu'on suppose nécessairement clandestine, au regard de la société française, l'union qui n'a pas été précédée de publication, car il se peut fort bien que, malgré le défaut de celle-ci, elle soit parfaitement annoncée et connue dans notre pays. Serait-il sage, alors que la nouvelle de sa prochaine célébration se serait largement répandue par d'autres voies, et que par suite toutes les oppositions auraient été ainsi mises en mesure de se produire, alors aussi que tous les intéressés auraient eu connaissance de la célébration, et que peut-être les époux en auraient aussitôt, et avant même leur retour en France, fait transcrire l'acte sur les registres du lieu de leur domicile, de prononcer une nullité qui, de fait, serait injustifiée? Il eût fallu, certes, un texte plus explicite que l'art. 170, pour obliger l'interprète à accepter un résultat si contraire à la raison : comment l'admettre, alors qu'il ne procède que d'un simple argument *a contrario*?

Cet argument, d'ailleurs, conduirait, par identité de motifs, à décider que le mariage célébré suivant les formes de la loi étrangère est nécessairement nul, s'il n'a pas été précédé de la notification du projet de mariage aux père et mère, puisque, par là, les époux contreviennent à l'une des dispositions du chapitre Ier du titre du mariage. Or le fait seul que certains partisans de l'opinion précédente se refusent à aller jusque-là tendrait déjà à infirmer la valeur de celle-ci. Il y aurait, effectivement, d'autant plus lieu de la maintenir pour ce cas, si elle était fondée en général, que la sanction pénale de l'art 157 s'évanouit tout à fait, lorsque le mariage n'a pas lieu en France, à la différence de celle de l'art. 192, qui sub-

siste au moins partiellement, et qu'il serait irrationnel d'assurer le respect d'une condition de fond d'une façon moins rigoureuse que celui d'une condition de forme. — Si pourtant ce principe de solution paraît particulièrement difficile à appliquer au défaut de notification du projet de mariage, c'est que cette application se heurte à la règle de l'art. 3, 3e al., d'après laquelle les lois relatives à l'état et à la capacité suivent les Français à l'étranger. Or elles doivent les suivre telles quelles, avec le même caractère et les mêmes sanctions. Et c'est ce qui n'a plus lieu, si l'union célébrée hors de France est nulle pour inobservation d'une condition dont l'absence n'en aurait nullement compromis la validité, si elle avait été contractée sur notre sol. Il faudrait donc admettre, pour la considérer comme telle, que l'art. 170 a dérogé au principe qui gouverne le statut personnel, comme il a dérogé à la règle relative à la forme des actes, même au point de vue des conséquences de la violation de celle-ci. Mais cette dérogation ne semble pas à certains auteurs ressortir suffisamment de ses termes.

D'autres, au contraire, ont jugé cette concession trop compromettante pour leur système, car, si notre disposition est aussi catégorique qu'on le prétend pour le défaut de publication, elle l'est tout autant pour le défaut de notification du projet de mariage, et elle l'était pareillement, avant la loi de 1907, pour le défaut d'actes respectueux. Mais si, en traitant de même ces deux contraventions, ils demeurent ainsi plus fidèles à leurs vues, avec eux la raison semble perdre ce que gagne la logique. Pourquoi, en effet, la notification du projet de mariage, de même que l'acte respectueux qu'elle a remplacé, aurait-elle, lorsque le mariage est célébré à l'étranger, une importance qu'elle n'a pas, lorsqu'il intervient en France? Cette circonstance empêche-t-elle les époux d'être majeurs et maîtres en définitive de leurs destinées? Sans doute, il leur sera plus aisé de se dispenser, en cette hypothèse, de l'observation d'une formalité dépourvue de toute sanction, puisque, par sa nationalité, l'officier public n'en craint aucune. Mais encore faudrait-il établir que cette éventualité a déterminé le législateur à frapper de nullité, pour ce cas, un

mariage qui reste pleinement valable, lorsqu'il intervient en France, sans que cette formalité, en dépit de toutes les sanctions, ait été remplie. Et à vrai dire on ne s'expliquerait guère que les deux hypothèses fussent traitées d'une façon aussi inégale, alors qu'au fond les choses se sont exactement passées de même dans les deux, et que la loi n'a été ni plus ni moins violée dans l'une que dans l'autre.

1865. Ces motifs nous persuadent que le mariage n'est pas, tout au moins, nécessairement nul, lorsque l'art. 170, tant en ce qui touche la publication qu'en ce qui concerne la notification du projet de mariage, n'a pas été obéi (1). Mais, s'il ne doit pas être obligatoirement annulé de ce chef, n'est-il pas susceptible de l'être, en vertu du pouvoir d'appréciation qu'il conviendrait de reconnaître au juge? Au point de vue pratique, cette solution serait plus satisfaisante que la précédente, car, s'il y a des cas où le maintien du mariage est désirable, notamment lorsqu'il a été contracté avec la plus parfaite bonne foi, il en est d'autres dans lesquels on en

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Bans de mar.*, n. 2; *Quest.*, v° *Publications de mar.*, § 1; Aubry et Rau, V, § 468, p. 123, n. 19; Demolombe, III, n. 222-225; Demante, I, n. 242 *bis*, I, et n. 274 *bis;* Toullier, I, n. 578; Duranton, II, n. 237 et 238; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n 288; Laurent, III, 26-29; Huc, II, n. 99; Beudant, I, n. 259; Vazeille, I, n. 158; Fuzier-Herman, art. 170, n. 2 s.; art. 193, n. 1; Despagnet, *op. cit.*, n. 383; Weiss, *op. cit.*, p. 469 s.; Surville et Arthuys, n. 287; Verger, *op. cit.*, p. 77 s.; Pic, *op. cit.*, p. 77 s.; Sirey, *Note,* S., 31. 1. 144. — Req. rej., 9 nov. 1846, S., 47. 1. 55, D., 46. 1. 337. — Req. rej., 15 avril 1861, S., 61. 1. 721, D., 61. 1. 421. — Req. rej., 19 fév. 1866, S., 66. 1. 206, D., 66. 1. 278. — Req. rej., 30 nov. 1866, S., 66. 1. 442, D., 66. 1. 13. — Req. rej., 8 mars 1875, S., 75. 1. 171, D., 75. 1. 482. — Trib. Seine, 30 déc. 1899, *J. Clunet,* 1900, p. 350. — Orléans, 9 fév. 1900, S., 1902. 2. 141, D., 1902, 2. 415, *J. Clunet,* 1900, p. 592. — Aix, 20 déc. 1900, *J. Clunet,* 1903, p. 639. — Trib. Bayonne, 7 janv. 1902, *J. Clunet.* 1902, p. 1050. — Amiens, 26 juin 1902, S., 1904. 2. 34. — Trib. Seine, 6 avril 1903, et les obs. de M. Surville, *Rev. crit.,* 1904, p. 213. — Trib. Seine, 7 juill. 1904, et Paris, 13 juill. 1905, *J. Clunet,* 1906, p. 426. — Trib. Bayonne, 24 janv. 1906, *J. Clunet,* 1906, p. 1150. — *Contra :* Delvincourt, I, p. 72, note 3; Marcadé, I, art. 170-II, n. 583 s., et *Rev. crit.,* 1852, II, p. 67 s.; Taulier, I, p. 288. — Paris, 10 déc. 1827 et 30 mai 1829, S., 29. 2. 178, D., 29. 2. 214. — Civ. cass., 6 mars 1837, S., 37. 1. 177, D., 37. 1. 167. — Montpellier, 15 janv. 1839, S., 39. 2. 246, D., 39. 2. 164. — Rennes, 6 juill. 1840, S., 40. 2. 397. — Req. rej., 17 août 1841, S., 41. 1. 681, D., 41. 1. 338. — Paris, 1er juill. 1861, S., 62. 2. 71, D., 61. 2. 137. — Cpr. civ. rej., 9 mars 1831, S., 31. 1. 142, et note de M. Sirey, D., 31. 1. 111. — Besançon, 4 janv. 1888, S., 90. 2. 165, D., 89. 2. 69. — Cpr. Planiol, I, n. 1022.

verrait prononcer la nullité sans regret, par exemple lorsque les époux ont, tout exprès, passé la frontière pour échapper aux prescriptions de la loi nationale, ou que, sans qu'on puisse relever cette intention à leur charge, le mariage a manqué complètement en France de publicité. Mais cette solution est-elle plus solide au point de vue juridique? La réponse dépend du fondement qu'on lui donne, car il est susceptible de varier beaucoup.

1866. On pourrait tout d'abord écarter purement et simplement l'application aux mariages célébrés suivant les formes de la loi étrangère, du principe qu'il n'y a pas en notre matière de nullités virtuelles. On soutiendrait en conséquence, puisque ce principe ne s'y opposerait plus, que l'art. 170, en ne prononçant, d'une façon absolue, ni la nullité, ni la validité non plus des unions contractées contrairement à ses prescriptions, a entendu s'en remettre aux tribunaux du soin de statuer souverainement sur leur sort, eu égard à toutes les circonstances du fait. Mais, établi sur ces bases, ce système reposerait sur l'arbitraire, ainsi qu'on a voulu le confesser (1); et il resterait à révéler les motifs qui auraient fait exclure ici l'application d'un principe aussi rationnel (2).

1867. On peut ensuite, et c'est ainsi que le système est en général justifié (3), faire sortir de l'art. 193 la faculté pour le juge de maintenir ou d'annuler, dans la plénitude de son pouvoir discrétionnaire, les mariages célébrés à l'étranger sans publication. Celle-ci, observe-t-on en ce sens, ne figure, lorsqu'ils interviennent en France, qu'un des éléments de la publicité, et cet élément est alors considéré comme accessoire, parce qu'il n'est que préalable à la solennité, qui peut, même

(1) Demolombe, III, n. 225. — Cpr. Demante, I, n. 242 *bis*, I, et 274 *bis*.

(2) Laurent, III, n. 27.

(3) Valette sur Proudhon, I, p. 412, obs. II, et *Explic. somm.*, p. 98; Demolombe, III, n. 225; Demante, *loc. cit.*; Duranton, II, n. 238; Duvergier sur Toullier, I, n. 578, note; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 288; Surville et Arthuys, n. 287; Fœlix, *Des mar. contr. en pays étr.*, n. 3 s.; Verger, *op. cit.*, p. 77 s. — Req. rej., 9 nov. 1846, précité. — Req. rej., 28 mars 1854, S., 54. 1. 295, D., 54. 1. 201. — Req. rej., 19 fév. 1866, S., 66. 1. 206, D., 66. 1. 278. — Req. rej., 30 nov. 1866, S., 66. 1. 442, D., 67. 1. 13. — Req. rej., 14 déc. 1880, S., 81. 1. 349, D., 81. 1. 310. — Trib. Anvers, 1er juin 1898, *J. Clunet*, 1903, p. 410. — Trib. Seine, 6 avril 1903, et les obs. de M. Surville, *Rev. crit.*, 1904, p. 213.

en son absence, être parfaitement publique. Mais elle devient tout au contraire, pour les unions contractées hors de notre pays, l'élément exclusif, et non pas seulement principal, de cette publicité (1), de telle sorte que son omission est susceptible d'entraîner la clandestinité du mariage, avec toutes ses conséquences, telles quelles résultent des art. 191 et 193. C'est donc au juge qu'il appartient de rechercher si ces unions ont été effectivement clandestines, et, eu égard à tous les éléments de la cause, notamment à la bonne foi des parties ou à leur intention de faire fraude à la loi, de décider souverainement de leur validité.

1868. Graves, autant que nombreuses, sont les objections qu'on peut opposer à cet essai de justification. D'abord il est trop certain qu'on étend de la sorte le domaine d'application des art. 191 et 193, et c'est peu d'avouer, comme M. Demolombe, que « peut-être bien ce dernier n'a pas été fait pour cette hypothèse », si on l'y applique ensuite, malgré tout. Comme on le sait, ces deux dispositions ne visent, abstraction faite de l'incompétence de l'officier, que les cas où, contrairement à l'art. 165, la publicité a manqué à la célébration même du mariage et aux solennités qui la constituent. Or la publication ne fait pas partie de ces dernières, qu'il soit procédé à cette célébration en France ou à l'étranger. Donc son omission ne peut pas, par elle seule, autoriser l'application de ces articles. Elle le peut d'autant moins, qu'ils constituent, ainsi qu'ils l'énoncent expressément, la sanction des « contraventions aux règles prescrites par l'art. 165 » : comment dès lors les considérer, par surcroît, comme sanctionnant l'art. 170, auquel ils ne se réfèrent pas ? Il ne sert à rien, pour légitimer cette extension, de prétendre que le défaut de publication peut équivaloir à clandestinité, car, encore une fois, la loi ne prononce pas la nullité à raison de l'existence de ce vice, de quelque source qu'il dérive, mais, ce qui est tout différent, pour inobservation de l'art. 165, lequel n'a rien de commun avec l'art. 170.

Et d'ailleurs est-il donc vrai que la clandestinité puisse

(1) Planiol, I, n. 1022.

procéder de la seule omission de la formalité légale, du moins lorsque le mariage a lieu à l'étranger, puisqu'il est reconnu qu'il n'en saurait être ainsi lorsqu'il intervient en France? C'est ce qui est loin d'être établi. Cette omission, en effet, n'empêche nullement que la célébration puisse être aussi publique qu'elle doit l'être, puisqu'il n'y a aucun lien nécessaire entre l'existence de la publicité antérieure au mariage et celle de la publicité qui doit lui être concomitante. Ce n'est donc pas parce que celui-ci aurait été clandestin, là où il a été contracté, qu'il deviendrait annulable en vertu des art. 191 et 193 — sous ce rapport, du reste, la loi étrangère serait seule applicable, à l'exclusion de la loi nationale, puisqu'il s'agit de conditions de forme —, mais parce qu'il aurait pris ce caractère, au regard de la société française. Mais alors ces dispositions auraient donc prévu, sans s'en expliquer, deux sortes de clandestinité, susceptibles de se produire, l'une au lieu même de la célébration, et l'autre, tout à fait indépendante de la première, au lieu, plus ou moins éloigné, où cette célébration doit être connue (1)?

Ce n'est pas tout. S'il est vrai, comme nous avons cru pouvoir l'établir, que le pouvoir d'appréciation que l'art. 193 confère au juge n'est pas illimité, en ce sens qu'il ne peut pas considérer la publicité qui a fait totalement défaut comme suppléée par d'autres éléments que ceux qui légalement la constituent, il faudrait dire que, l'absence de publication supprimant en France toute publicité pour le mariage célébré hors de ce pays, le juge qui l'aurait déclarée constante ne pourrait pas, en droit, se refuser à annuler. Or c'est ce qu'on se garde bien d'admettre (2), puisqu'on l'invite à avoir égard à la bonne ou mauvaise foi des époux. Mais ce pouvoir d'annulation facultative, qu'on lui conserve, fait surgir une nouvelle objection. Car, lorsqu'il en use pour mettre à néant une union qu'on est allé célébrer à l'étranger pour faire fraude à la loi, ce n'est plus, à vrai dire, comme on le prétend, sur le fondement de la clandestinité qu'il l'annule, la clandestinité

(1) Cpr. Laurent, III, n. 30 et 31; Huc, II, n. 99.
(2) Cpr. cep. Planiol, I, n. 1022.

n'ayant nul besoin d'être voulue par les parties pour compromettre la validité de leur union, mais du chef de la fraude qu'elles ont concertée et exécutée. C'est alors sur une base toute différente que repose le système, ou du moins on élargit cette base, et il sera étudié sous cet autre aspect.

Veut-on une dernière preuve qu'il ne saurait, tel qu'il a été développé, s'étayer des deux dispositions précitées? Non-seulement ses partisans autorisent le juge, ce qui est déjà inadmissible, à s'inspirer de considérations tout à fait étrangères à la publicité, et par exemple du caractère plus ou moins raisonnable ou honorable du mariage, de l'âge des époux, de leur séjour plus ou moins prolongé à l'étranger, mais ils lui permettent encore de tenir compte de circonstances postérieures à la célébration, et notamment de la possession d'état, de l'approbation ultérieure de la famille, ou de la survenance d'enfants (1). Qu'est-ce à dire, sinon que la nullité encourue de ce chef est susceptible de se couvrir, alors qu'elle doit être absolue, comme procédant de la clandestinité, et par suite irréparable? Cette nullité aurait-elle donc un caractère propre, et le puiserait-elle dans l'art. 193, qui n'en dit mot? La contradiction est tellement manifeste, que M. Demolombe croit devoir y échapper en disant que ces faits nouveaux permettent au juge de déclarer, « non que le vice de clandestinité a été purgé, mais que ce vice n'existait pas ». Mais il est trop évident qu'il ne se tire de la difficulté qu'en invitant les magistrats à commettre un abus de pouvoir, c'est-à-dire à nier les faits, pour se dispenser de leur donner leurs conséquences légales (2).

Il n'est pas moins visible que l'on sort du texte de l'art. 191, sur lequel on commence par s'appuyer, lorsqu'on dénie (3)

(1) Demolombe, III, n. 225; Verger, *op. cit.*, p. 86. — Req. rej., 12 févr. 1833, S., 33. 1. 195, D., 33. 1. 120. — Req. rej., 25 févr. 1839, S., 39. 1. 187, D., 39. 1. 114. — Req. rej., 17 août 1841, précité. — Req. rej., 14 juin 1845, S., 45. 1. 726, rapp. de M. Lasagni, D., 45. 1. 307. — Paris, 20 janv. 1873, S., 73. 2. 177, D., 73. 2. 59. — Req. rej., 3 janv. 1906, S., 1906. 1. 142, D., 1906. 1. 207, *J. Clunet*, 1906, p. 1149. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 170, n. 18 s.; art. 193, n. 2 s.; Gérardin, *Rev. prat.*, 1866, XXI, p. 271 s.

(2) Laurent, III, n. 33; Huc, II, n. 99.

(3) Verger, *op. cit.*, p. 86. — Req. rej., 18 août 1841, S., 41. 1. 872, D., 41. 1. 337. — Montpellier, 25 avril 1844, S., 45. 2. 7, D., 45. 2. 36. — Paris, 20 janvier 1873, précité. — Paris, 25 juillet 1881, *J. Clunet*, 1882, p. 531.

aux collatéraux le droit d'attaquer le mariage, pour défaut de publication, sous prétexte qu'il ne leur est nulle part reconnu expressément. Leur qualité d'intéressés ne le leur confère-t-elle pas par elle-même, s'il est vrai qu'il s'agit d'une nullité absolue ? Et comment serait-il possible, dans le silence des textes, que cette nullité fût organisée d'une façon toute spéciale, tant sous le rapport des personnes qui ont le droit d'action que sous celui des fins de non-recevoir qui leur sont opposables (1) ?

On doit observer enfin qu'avec le fondement qu'on prête à ce système, et une fois repoussé l'argument tiré de l'art. 170, il ne saurait, dans tous les cas, servir à justifier l'annulation d'un mariage à raison du seul défaut de notification du projet d'union aux père et mère (2). Entre cette condition de fond et les formalités qui contribuent à la publicité de la célébration, on ne peut établir le moindre rapprochement, même très lointain, et par suite son inexécution ne saurait être, à aucun degré, sanctionnée par l'art. 193, lequel renvoie uniquement à l'art. 165. La base de cette doctrine resterait donc trop étroite, pour légitimer l'annulation du mariage dans toutes les hypothèses où on la juge réalisable et désirable.

1869. Cette critique ne saurait être adressée au système tel qu'il a été développé sous une troisième forme, qui se distingue complètement de la précédente, quoiqu'on l'ait généralement confondue avec elle. Dans cette nouvelle opinion, le mariage contracté à l'étranger par des Français, sans publication préalable, ou sans la notification du projet d'union aux père et mère, est susceptible d'être annulé pour fraude à la loi. Ce fondement implique qu'il ne doit l'être que si, effectivement, les futurs époux se sont rendus hors de France pour échapper à l'accomplissement de ces formalités, c'est-à-dire pour rendre leur union « clandestine aux yeux de la société française » ou éviter une opposition possible de leurs parents. Il doit être déclaré valable, au contraire, lorsqu'on ne peut imputer qu'à leur ignorance, à leur négligence ou à toute

(1) Laurent, III, n. 32.
(2) Cf. cep Demolombe, *loc. cit.*

autre circonstance non exclusive de leur bonne foi, l'inobservation des prescriptions légales (1).

Le fondement de cette doctrine est tout entier dans le principe que la maxime *locus regit actum* ne protège que les actes de bonne foi, et qu'elle n'empêche pas l'annulation de ceux qui n'ont été faits par les parties, dans les formes de la loi étrangère, que pour éluder frauduleusement les règles de leur propre loi nationale. Il n'a donc rien de commun avec celui de la théorie précédente. C'est pourquoi il autorise, à la différence de celle-ci, l'annulation d'une union pour laquelle on se serait dispensé de la notification du projet de mariage. C'est pourquoi aussi ces deux doctrines ne sauraient logiquement concorder, quant à la détermination des personnes auxquelles appartient l'action en nullité. Et en effet, si celle qu'on expose en ce moment la reconnaît à tout intéressé, lorsque la fraude a eu pour but de rendre le mariage clandestin (2), elle la réserve, au contraire, lorsque son objet a été de se soustraire à l'obligation de la notification du projet de mariage, à l'époux qui y était soumis ainsi qu'aux père et

(1) Aubry et Rau, V, § 468, p. 123 et 124, n. 20. — Req. rej., 10 mars 1841, S., 41. 1. 302, D., 41. 1. 171. — Paris, 9 juill. 1853, S., 53. 2. 401. D., 53. 2. 180. — Req. rej., 28 mars 1854, S., 54. 1. 295, D., 54. 1. 201. — Bruxelles, 2 juin 1862, *Pasicr.*, 63. 2. 214. — Trib. Seine, 2 juill. 1872, S., 72. 2. 248. — Aix, 29 avril 1874, sous Cass., S., 75. 1. 347, D., 76. 1. 368. — Paris, 24 avril 1874, S., 75. 2. 49, D., 75. 2. 9. — Req. rej., 8 mars 1875, S., 75. 1. 171, D., 75. 1. 482. — Rennes, 23 janv. et 27 août 1879, S., 81. 2. 129, D., 80. 2. 189. — Lyon, 28 févr. 1880, sous Cass., S., 81. 1. 349, D., 81. 1. 310. — Orléans, 14 avril 1886, S., 86. 2. 191, D., 87. 2. 95. — Civ. rej., 15 juin 1887, S., 90. 1. 446, D., 88. 1. 412. — Trib. Seine, 20 mai 1889, *Le Droit*, 25 mai 1889. — Bourges, 13 juill. 1891, D., 92. 2. 599. — Trib. Seine, 16 janv. 1899, *J. Clunet*, 1900, p. 148; 30 déc. 1899, *J. Clunet*, 1900, p. 350. — Orléans, 9 février 1900, S., 1902. 2. 141, D., 1902. 2. 415, *J. Clunet*, 1900, p. 592. — Trib. Seine, 21 juin 1900, *J. Clunet*, 1902, p. 613; 9 août 1900, *J. Clunet*, 1901, p. 153. — Trib. Loudéac, 23 nov 1900, *J. Clunet*, 1902, p. 612. — Aix, 20 déc. 1900, *J. Clunet*, 1903, p. 639. — Trib. Bayonne, 7 janv. 1902, *J. Clunet*, 1902, p. 1050. — Amiens, 26 juin 1902, S., 1904. 2. 34. — Trib. Seine, 7 juill. 1904, et Paris, 13 juill. 1905, *J. Clunet*, 1906, p. 426. — Trib. Bayonne, 24 janvier 1906, *J. Clunet*, 1906, p. 1150. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 170, n. 11 s.; Beudant, I, n. 259. — Req. rej., 3 janv. 1906, S., 1906. 1. 142, D., 1906. 1. 207, *J. Clunet*, 1906, p. 1149.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 124, n. 22. — *Contra :* Paris, 20 janv. 1873, S., 73. 2. 177, D., 73. 2. 59. — Cpr. Paris, 20 déc. 1866, sous Cass., S., 67. 1. 341, D., 67. 1. 353, rapp. de M. du Bodan.

mère (1), à qui la notification devait être faite. C'est pourquoi enfin elles doivent aussi logiquement différer, en ce qui touche les fins de non-recevoir opposables à l'action. Effectivement, beaucoup plus restrictive que la précédente, qui étend le pouvoir du juge jusqu'à lui permettre de tenir compte de toutes les circonstances postérieures au mariage, celle-ci n'admet d'autres fins de non-recevoir que celles qui résultent, pour le défaut de publication, de l'art. 196 (2), et, pour le défaut de notification du projet de mariage, de l'art. 183 (3). On voit, par toutes ces précisions, que, si on peut être tenté de confondre ces deux systèmes, à raison du pouvoir discrétionnaire qui, dans les deux, appartient au juge, on doit s'en garder, puisque ce pouvoir lui-même, et cette différence n'est pas la seule, n'a pas, dans l'un et dans l'autre, la même étendue.

1870. Apprécié dans sa valeur, le principe de solution admis par le dernier apparaît au premier abord comme solide : nous en avons nous-mêmes reconnu la vérité générale, quoiqu'elle ait été très contestée (4). Mais son application à notre sujet se heurte à deux objections, qui nous semblent devoir le faire définitivement repousser. D'une part, comme nous l'avons observé, ce principe n'a la nullité pour sanction que tout autant que la prescription légale que l'on a frauduleusement éludée, en se transportant hors de France, l'a elle-même, lorsqu'on la viole dans notre pays, ce qui n'est le cas pour aucune de celles dont il s'agit. Alors seulement il convient, à raison de la fraude, de faire abstraction de la règle *locus*

(1) Aubry et Rau, V, § 468, p. 125, n. 24. — Paris, 20 janv. 1873, précité. — Amiens, 26 juin 1902, S., 1904. 2. 34.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 125, n. 23. — Civ. rej., 23 août 1826, S., 27. 1. 108. D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 394. — Req. rej., 17 août 1841, S., 41. 1. 681, rapp. de M. Jaubert, D., 41. 1. 338. — Req. rej., 14 juin 1845, S., 45. 1. 726, D., 45. 1. 307. — Paris, 9 juill. 1853, S., 53. 2. 401, D., 53. 2. 180. — Req. rej., 8 nov. 1853, S., 56. 1. 17, D., 54. 1. 420. — Req. rej., 26 juill. 1865, S., 65. 1. 393, D., 65. 1. 493. — Paris, 24 avril 1874, précité. — Req. rej., 8 mars 1875, S., 75. 1. 171, D., 76. 1. 482. — Rennes, 27 août 1879, précité. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 170, n. 18 s.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 125, n. 24. — Req. rej., 11 mai 1875, S., 75. 1. 295, D., 75. 1. 407. — Rouen, 13 juill. 1880, *J. Clunet*, 81, p. 256. — Amiens, 22 juill. 1886, *J. Clunet*, 87, p. 188. — Cpr. Lyon, 28 janv. 1894, D., 94. 2. 222.

(4) Cf. tome Ier, n. 223 et 224.

regit actum, et de replacer les parties dans l'exacte situation où elles seraient, si elles étaient restées dans leur patrie et y avaient commis la même contravention : car, normalement, une règle doit toujours avoir la même sanction, qu'elle soit violée par les nationaux à l'intérieur ou à l'extérieur, à moins que, par un redoublement de sévérité parfois explicable, le législateur n'en ait autrement décidé. D'autre part, et cette objection a d'autant plus de poids qu'elle est ici toute spéciale, la matière du mariage repousse absolument les nullités virtuelles. Or aucun texte n'autorise l'annulation des mariages contractés dans les conditions spécifiées.

Il faut écarter d'autant plus la solution proposée, que, pour se tirer de l'embarras où la met l'absence de tout texte, lorsqu'il s'agit de déterminer les personnes admises à se prévaloir de la nullité ou les fins de non-recevoir qui leur sont opposables, elle est obligée de recourir à des dispositions qui, comme on le confesse, ne prévoient aucunement notre hypothèse, l'art. 191 et l'art. 196, les art. 182 et 183. Mais ne revient-on pas ainsi, par un détour à peine dissimulé, au système qu'on avait d'abord condamné, pour lui prendre en partie son fondement, quand on déclare que, si le mariage peut être invalidé pour défaut de publication, c'est à raison de sa « clandestinité aux yeux de la société française »? Ce caractère indécis de la doctrine ressortirait, au surplus, du défaut de netteté des formules dans lesquelles MM. Aubry et Rau en exposent les conséquences. Au cas où « la nullité du mariage célébré à l'étranger résulterait de sa clandestinité aux yeux de la société française », ils opposent, en effet, celui où elle est autorisée par « le défaut de publications en France lorsque les époux se sont mariés en pays étranger pour se soustraire à l'obligation de faire signifier les actes respectueux », [exigés à l'époque où ils écrivaient]. Ils laisseraient ainsi entendre, ce qui n'est peut-être pas dans leur pensée, que, même dans cette dernière hypothèse, c'est le défaut de publications qui constitue la fraude à la loi, de telle sorte que l'absence d'actes respectueux (aujourd'hui de notification du projet de mariage aux père et mère) ne suffi-

rait pas à faire prononcer la nullité, même si on n'était allé à l'étranger que pour s'en épargner la signification. Or, et cette dernière objection n'est pas la moins forte qu'on puisse adresser à leur théorie, logiquement cette restriction serait tout à fait injustifiable. Car, s'il est vrai que la fraude doit, même en matière de mariage, entraîner la nullité des actes faits, dans les formes locales, en contravention à la loi française, il faut décider que tous les empêchements prohibitifs, quels qu'ils soient, et non pas seulement les deux sur lesquels on discute toujours, sont susceptibles de devenir dirimants, lorsque l'union est célébrée à l'étranger. Il faut dire, par exemple, que le mariage qu'irait y contracter un militaire, pour se dispenser d'obtenir l'autorisation de ses supérieurs, ou une femme, pour convoler en secondes noces avant l'expiration du délai de viduité, pourrait être annulé de ce chef. Mais le fait seul que ces conséquences ne paraissent avoir été acceptées par personne, tendrait à infirmer, du moins en notre matière, la portée du principe dont on a déduit les précédentes (1).

Notre conclusion est donc que le défaut de publication ou de notification du projet d'union aux père et mère ne compromet pas plus la validité du mariage, quand il a été célébré à l'étranger, que lorsqu'il a été contracté en France. Mais la jurisprudence se prononce, d'une façon constante, en sens contraire, et elle se rattache à la fois à l'un et à l'autre des deux derniers systèmes, en admettant l'annulabilité du mariage, tant du chef de sa clandestinité que du chef de la fraude faite à la loi. C'est dire qu'elle participe de leur fragilité à tous deux, et laisser entrevoir que leur combinaison risque de l'acculer, les principes dont ils parlent étant différents, à des contradictions inévitables.

1871. 7° Le mariage ne peut pas non plus, et très certainement, être annulé à raison du défaut de remise de l'une des pièces que l'officier de l'état civil doit recevoir des parties.

(1) Cpr. Laurent, III, n. 30-33; Huc, II, n. 100; Despagnet, *op. cit.*, n. 383 et 385; Weiss, *op. cit.*, p. 469 s.; Surville et Arthuys, n. 287; Pic, *op. cit.*, p. 77 s.

1872. 8° Il ne peut pas l'être davantage, faute par cet officier d'avoir donné lecture de ces pièces ou du chapitre VI du titre *Du mariage* (1).

1873. 9° Il ne peut pas l'être, pareillement, à raison de ce fait que les parties ou l'une d'elles se seraient fait représenter à la célébration par un mandataire (2). Si la loi ne paraît pas admettre les mariages par procureur, du moins ne les annule-t-elle pas expressément lorsqu'ils interviennent, et on ne saurait suppléer à son silence. Vainement opposerait-on que le consentement des parties doit être exprimé au moment même où l'union est célébrée, car la procuration atteste à elle seule, tant qu'elle n'a pas été révoquée, de la persistance de la volonté jusqu'à cet instant, et partant de son existence. Et au cas de révocation, il semble bien qu'il ne saurait plus être question d'annulation, mais bien d'inexistence du mariage, puisque l'un des futurs époux n'y aurait pas consenti. Il n'y aurait pas alors, quoi qu'on ait dit, à rechercher si cette révocation a été ou non effectivement connue de l'autre partie : il paraît, en effet, impossible d'appliquer au mariage les dispositions générales des art. 2005 et 2008, et de maintenir un pareil contrat, à la formation duquel a manqué la volonté de l'une des parties, uniquement en considération de la bonne foi de l'autre (3).

1874. 10° La validité du mariage ne peut pas être non plus contestée sous ce prétexte que l'acte destiné à le constater n'a pas été dressé par l'officier public, sauf, en ce cas, les difficultés de la preuve ; ou bien qu'il n'a pas été dressé régulièrement et manque d'une des énonciations requises (4) ; ou bien enfin qu'il n'a pas été signé, soit par l'officier de l'état

(1) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 326 et 327, n. 17; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. V, § 2, n. 6; Aubry et Rau, V, § 467, p. 116, n. 21 et 22; Demolombe, III, n. 210 et 296 ; Toullier, I, n. 574.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 116, n. 23; Demolombe, III, n. 210; Demante, I, n. 240 *bis*, I ; Laurent, II, n. 485; Glasson, n. 109. — *Contra :* Bastia, 2 avril 1849, S., 49. 2. 338, note de M. Devilleneuve, D., 49. 2. 80. — Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. IV, § 1, art. 1, quest. 4.

(3) Pothier, *Contr. de mar.*, n. 367; Merlin, *loc. cit.;* Aubry et Rau, *loc. cit.;* Laurent, *loc. cit.;* Glasson, *loc. cit.*

(4) Demolombe, III, n. 214 ; Laurent, II, n. 428 et 429; III, n. 4; Glasson, n. 111. — Douai, 18 mars 1850, sous Cass., S., 51. 1. 202, D., 51. 1. 43.

civil, soit par les époux eux-mêmes (1), soit par les témoins. Pothier (2) justifiait déjà cette solution, en remarquant que, « le mariage étant parfait par le consentement que les parties se donnent en présence de leur curé avant que l'acte ait été rédigé, il s'ensuit qu'il n'est pas de l'essence du mariage, et qu'il n'est requis que pour la preuve du mariage ». Encore aujourd'hui le mariage existe pareillement dès que, après l'échange de leurs volontés, les parties ont été déclarées unies par l'officier public : l'acte ne sert plus qu'à constater cette existence, et elle ne saurait être compromise par l'absence ou l'irrégularité de l'instrument de preuve destiné à l'établir. Ces irrégularités ne peuvent pas davantage influer sur la validité du mariage, dans le silence des textes. Quant à la question de preuve, elle reste naturellement réservée (3).

1875. 11° Enfin la validité du mariage ne peut pas souffrir du défaut de transcription sur les registres de France de l'acte étranger qui en constate la célébration : même après l'expiration du délai accordé aux parties pour y faire procéder, il n'en produit pas moins indistinctement tous ses effets légaux, nonobstant l'inaccomplissement de cette formalité (4). Cette proposition toutefois a été très controversée.

(1) Aubry et Rau, V, § 467, p. 116, n. 25 ; Demolombe, III, n. 213 ; Demante, I, n. 240 *bis*, II ; Duranton, II, n. 241, note 2 ; Richelot, I, n. 143, note 15 ; Laurent, II, n. 429 ; Glasson, n. 112 et 113 ; Coin-Delisle, art. 76, n. 1 s. ; Fuzier-Herman, art. 34, n. 10 s. — Grenoble, 5 avril 1824, S., 25. 2. 150, D., *Rép.*, v° *Mar.*, n. 508. — Civ. rej., 23 août 1826, S., 27. 1. 108, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 394. — Montpellier, 4 févr. 1840, S., 40. 2. 160, D., 40. 2. 134. — Trib. Caen, 10 fév. 1846, *Gaz. Trib.*, 13 et 15 févr. 1846.

(2) *Op. cit.*, n. 378.

(3) Cf. *infra*, n. 1940 s.

(4) Merlin, *Quest.*, v° *Mariage*, § 14 ; Aubry et Rau, V, § 468, p. 125 et 126, n. 27 et 28 ; Demolombe, III, n. 229 ; Demante, I, n. 243 *bis*, I ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 290 ; Toullier, I, n. 579 ; Marcadé, I, art. 171, n. 587 ; Valette, *Explic. somm.*, p. 99 ; Laurent, III, n. 36 et 37 ; Huc, II, n. 101 ; Beudant, I, n. 255 ; Mourlon, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1844, I, p. 885 ; Fuzier-Herman, art. 171, n. 2 s., et *Rev. prat.*, 1876, XLI, p. 112 ; Despagnet, *op. cit.*, n. 388 ; Weiss, *op. cit.*, p. 474 s. ; Surville et Arthuys, n. 283 ; Verger, *op. cit.*, p. 90 s. ; Pic, *op. cit.*, p. 91 s. ; Duguit, *op. cit.*, p. 87. — Req. rej., 12 fév. 1833, S., 33. 1. 195, D., 33. 1. 120. — Nimes, 23 févr. 1858, S., 58. 2. 385. — Lyon, 21 juin 1871, S., 72. 2. 201. — Trib. Nice, 1er déc. 1873, sous Cass., S., 75. 1. 347. — Trib. Seine 21 nov. 1877, *J. Clunet*, 1878, p. 43. — Paris, 25 juin 1884, *eod. loc.*, 1884, p. 627. — Trib. Seine, 12 juill. 1888, *Le Droit*, 13 juill. 1888. — Orléans, 9 févr. 1900, S.,

Sa vérité ressort, d'abord, tant du texte de l'art. 171, où rien ne laisse apercevoir l'intention, chez le législateur, d'autoriser l'annulation du mariage ou de le destituer tout au moins de certains de ses effets civils, lorsque la transcription n'a pas été opérée, que des travaux préparatoires. Effectivement; le premier projet du code la prescrivait à peine d'amende et ordonnait en outre l'enregistrement de l'acte de célébration, à peine du double droit. Or toutes ces sanctions, et avec elles cette dernière obligation elle même, disparurent, et Réal crut pouvoir expliquer cette suppression, en disant que les lois sur l'enregistrement en contenaient de suffisantes (1). Cette observation était inexacte, il est vrai, mais elle n'en prouve pas moins que, dans la pensée des rédacteurs de la loi, la sanction de l'art. 171 devait être exclusivement pécuniaire : par conséquent on ne saurait, à défaut de celle-ci, en imaginer aucune autre. Du reste, il faut le remarquer, la validité du mariage reste entière, et ses effets ont toute leur plénitude, tant que les époux continuent de demeurer à l'étranger, sans qu'ils soient aucunement assujettis à l'obligation de faire transcrire, dans notre pays, l'acte de célébration. Dès lors, s'ils doivent s'en acquitter dans les trois mois de leur retour en France, les conséquences légales de leur union ne sauraient être logiquement subordonnées à l'accomplissement de cette formalité. Serait-ce, en effet, parce que leur présence sur notre sol doit normalement contribuer à la divulgation de leur nouvel état, tandis qu'il peut rester parfaitement ignoré tant qu'ils résident à l'étranger, qu'au premier cas il ne recevrait sa consécration juridique que de la transcription, tandis qu'il l'aurait entière, au second, indépendamment de celle-ci? C'est assez dire que l'objet de cette formalité a été d'assurer une preuve facile du contrat intervenu hors de France, et non de lui donner de la publicité,

1902. 2. 141, D., 1902. 2. 415, *J. Clunet*, 1900, p. 592. — Trib. Chartres, 23 mai 1900, *J. Clunet*, 1901, p. 354. — Aix, 20 déc. 1900, *J. Clunet*, 1903, p. 639. — Paris, 16 déc. 1901, S., 1902. 2. 298. — Trib. Seine, 6 avril 1903, *Rev. crit.*, 1904, p. 210, et observ. de M. Surville. — Cpr. Bordeaux, 2 juin 1875, S., 75. 2. 291, D., 76. 2. 143. — Besançon, 4 janv. 1888, S., 90. 2. 165, D., 89. 2. 69. — Trib. Bayonne, 24 janv. 1906, *J. Clunet*, 1906, p. 1150.

(1) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 352, n. 23.

quoique son accomplissement doive, indirectement et par la force des choses, concourir à étendre celle-ci. Ce n'est donc pas à raison du défaut d'une publicité que la loi n'a pas eue directement en vue, qu'elle a pu destituer le mariage non transcrit de tout ou partie de ses effets civils. Il eût été enfin d'autant plus imprudent de l'en priver, qu'on aurait risqué ainsi de faire parfois retomber sur la femme, notamment sous le rapport de son hypothèque légale, les conséquences d'une faute que son état de dépendance vis-à-vis du mari l'aurait empêchée de prévenir ou ne lui aurait pas permis de réparer.

Ces considérations dispensent de réfuter successivement chacune des opinions adverses défendues sur ce point, qu'elles proclament le mariage nul, à défaut de transcription (1), ou qu'elles le réputent valable quant au lien naturel, sauf à lui enlever tous ses effets civils (2), ou qu'enfin elles ne le privent que de ceux de ses effets qui en supposent la publicité légale (3).

1876. Notre doctrine, qui est aujourd'hui celle de la majorité des auteurs, conduit aux applications suivantes. Non seulement le mariage produit, en dépit du défaut de transcription, ses effets ordinaires sous le rapport de la filiation des enfants et des droits successoraux attachés pour eux au bénéfice de légitimité (4); non seulement il fait obstacle par lui-même, tant qu'il dure, à la formation d'un nouveau lien, ce qui est très généralement admis (5), mais encore il autorise

(1) Certaines décisions de jurisprudence font du défaut de transcription des actes de mariage dont il s'agit, un élément de clandestinité, qui peut contribuer à entraîner la nullité du mariage. Cf. notamment Trib. Seine, 16 janv. 1899, *J. Clunet*, 1900, p. 148. — 21 juin 1900, *J. Clunet*, 1902, p. 613. — 9 août 1900, *J. Clunet*, 1901, p. 153. — Req. rej., 5 juill. 1905, S., 1906. 1. 141, D., 1905, 1. 471, *J. Clunet*, 1906, p. 1145. — 3 janv. 1906, S., 1906. 1. 142, D., 1906. 1. 207, *J. Clunet*, 1906, p. 1149. — Cpr. Trib. Bayonne, 24 janv. 1906, *J. Clunet*, 1906, p. 1150.

(2) Delvincourt, I, p. 72, note 5; Verger, *op. cit.*, p. 58.

(3) Zachariæ, III, § 468, p. 315, note 16; Duranton, II, n. 240; Duvergier sur Toullier, I, n. 580, note *b*. — Cpr. Req. rej., 6 janv. 1824, S. chr., VII. 1. 362, D., *Rép*, v° *Priv. et hyp.*, n. 865.

(4) Aubry et Rau, V, § 468, p. 126 et 127, n. 29, et les autorités citées *supra*, p 468, note 4. — Req. rej., 16 juin 1829, S., 29. 1. 261, D., 29. 1. 272. — *Contra*: Delvincourt, I, p. 72, note 5.

(5) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 127, n. 34; Demolombe, III, n. 229; Duranton, II,

la femme à se prévaloir de son hypothèque légale, à compter des époques déterminées par l'art. 2135 (1), et non pas seulement à partir de la transcription, ou de son incapacité de femme mariée, en ce qui concerne les engagements qu'elle a pris avant l'accomplissement de cette formalité (2), quoique ces derniers effets puissent être considérés comme subordonnés à la publicité dont doit être entouré le mariage. A plus forte raison les époux ne pourraient-ils se fonder sur leur négligence pour repousser la demande en nullité formée contre eux (3), et prétexter, pour se défendre contre cette attaque, que leur union est censée ignorée de la société française.

1877. Est-ce à dire que le défaut de transcription n'ait aucune conséquence juridique? Non. Et d'abord on admet communément que, si les conjoints avaient tenu leur mariage secret en France, les tiers qui auraient traité avec l'un d'eux, dans l'ignorance de son véritable état, seraient fondés à le considérer à leur égard comme inexistant (4) : ainsi le veut le droit commun (5). Mais ce n'est pas, semble-t-il, aller assez loin, car il se peut que, quoique les époux se comportent d'ordinaire en public comme mari et femme et ne cherchent pas à dissimuler le lien qui les unit, celui-ci ne soit pas connu, en fait, des tiers avec lesquels l'un d'eux est entré en rapports d'affaires, et ne leur ait pas été révélé, en dépit des recherches auxquelles ils ont pu se livrer, notamment dans les registres de l'état civil. Or, en pareille hypothèse, le mariage, quoique

n. 240; Laurent, III, n. 36; Vazeille, I, n. 190. — Cpr. Civ. cass., 8 nov. 1824, S., 24. 1. 428, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 238. — *Contra :* Delvincourt, *loc. cit.*

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 127, n. 30; Demolombe, *loc. cit.;* Demante, *loc. cit.;* Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 290 ; Laurent, III, n. 38; Troplong, *Des hypothèques*, II, n. 513 *bis;* Mourlon, *op. cit.*, p. 886 s. — Civ. rej., 23 nov. 1840, S., 40. 1. 929, D., 41. 1. 15. — Bordeaux, 14 mars 1850, S., 52. 2. 561, D., 53. 2. 178. — *Contra :* Duranton, II, n. 240, et XX, n. 21 ; Marcadé, I, art. 171, n. 587. — Req. rej., 6 janv. 1824, précité. — Montpellier, 3 juin 1830, S., 31. 2. 151, D., 31. 2. 31.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 127, n. 31, et les autorités citées *supra*, p. 468, note 4. — *Contra :* Duranton, Duvergier sur Toullier, *loc. cit.*

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 127, n. 33; Vazeille, I, n. 190. — Civ. cass., 8 nov. 1824, S., 24. 1. 428, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 238.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 127, n. 32; Pic, *op. cit.*, p. 94 s.

(5) Cpr. Planiol, I, n. 1024. — Cf. *supra*, n. 1817.

inconnu de quelques-uns, ne saurait être tenu pour secret, au sens vrai du mot, puisqu'il est connu du public. Néanmoins il est évident que la faute des époux est susceptible de les exposer à des réparations envers les tiers, par application de l'art. 1382, et que la réparation la plus adéquate au préjudice causé par leur négligence peut être de les priver du droit d'invoquer certains effets du mariage, et par exemple l'incapacité de la femme (1).

N° 5. Des effets de l'annulation du mariage et du mariage putatif.

I. *Des effets de l'annulation.*

1878. Ainsi qu'on l'a déjà dit (2), à la différence du mariage inexistant, le mariage annulable produit provisoirement tous ses effets, tant qu'il n'a pas été déclaré nul par la justice (3), et il est même susceptible de les conserver indéfiniment, si personne ne se prévaut de sa nullité (4). Mais, du jour de son annulation, il cesse de les produire, non seulement pour l'avenir, ce qui est de toute évidence, mais même dans le passé, et ceux qui s'étaient déjà réalisés sont rétroactivement anéantis. Comme lui-même, ils sont censés n'avoir jamais existé, ainsi que le prouve, par *a contrario*, l'exception du mariage putatif (5).

1879. Partant, l'union des deux personnes qui jusque-là

(1) Demolombe, III, n. 229; Demante, I, n. 243 *bis*, I; Laurent, III, n. 38; Huc, II, n. 101; Fuzier-Herman, art. 171, n. 11; Despagnet, *op. cit.*, n. 388; Verger, *op. cit.*, p. 92. — Bordeaux, 14 mars 1850, précité. — Trib. Nice, 1er déc. 1873, sous Cass., S., 75. 1. 347. — Trib. Seine, 17 juin 1880, *J. Clunet*, 1880, p. 396. — Cpr. Beudant, I, n. 255.

(2) *Supra*, n. 1697.

(3) Il s'ensuit notamment que, durant l'instance en annulation, le demandeur ne saurait être autorisé à cesser la cohabitation. L'art. 236 C. civ. ne s'applique pas aux demandes en annulation de mariage. Paris, 7 janvier 1903, D., 1903. 2. 16. — Cf. aussi *supra*, n. 1698.

(4) Locré, *Lég.*, IV, p. 437 s., n. 8 s.; Aubry et Rau, V, § 458, p. 42, n. 1; Demolombe, III, n. 342 et 343; Laurent, II, n. 436. — Cpr. cependant Planiol, I, n. 1045-1047.

(5) Aubry et Rau, V, § 459, p. 45, n. 1 et 2, et I, § 37, p. 123, n. 19; Demolombe, III, n. 344; Demante, I, n. 283; Toullier, I, n. 652; Laurent, II, n. 437 et 501; Huc, II, n. 159; Planiol, I, n. 1091; Surville, I, n. 181; Beudant, I, n. 288; Glasson, n. 163.

portaient le titre d'époux perd son caractère de légitimité, la femme cesse de pouvoir porter le nom de son mari (1), les enfants issus de cette union sont privés du bénéfice de la filiation légitime (2), ceux qui étaient nés avant la célébration, du bénéfice de la légitimation (3), tous les droits et toutes les obligations qui dérivaient du mariage s'évanouissent, l'alliance civile qui en résultait est supposée n'avoir jamais existé (4) : voilà sous le rapport des personnes. Quant aux biens, l'époux mineur qui avait été émancipé par le mariage perd le bénéfice de cette émancipation (5), la femme mariée recouvre sa pleine capacité (6) et se trouve dépouillée de son hypothèque légale, les conventions matrimoniales des conjoints demeurent sans exécution, car elles tombent avec le mariage, puisqu'elles ont pour objet de régler les rapports pécuniaires qu'il fait naître (7), et les donations faites en faveur du mariage, associées à son sort, ne sauraient être maintenues davantage (8), et enfin chacun des prétendus époux doit être considéré comme n'ayant jamais eu le droit de succéder à l'autre (9). Et peu importe que l'un ou l'autre de ces effets du mariage soit entièrement consommé lors de son annulation, par exemple que la succession de l'un des conjoints ait été déjà appréhendée, en cette qualité, par l'autre : cette circonstance, qui peut compliquer la liquidation de la situation, ne change rien au droit qui la régit (10).

1880. Mais tous ces effets, le jugement d'annulation les

(1) Beudant, I, n. 288.

(2) Planiol, I, n. 1092; Surville, I, n. 181-4°.

(3) Planiol, I, n. 1556; Surville, I, n. 181-3°.

(4) Surville, I, n. 181-5°.

(5) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, quest. 3 sur l'art. 180; Aubry et Rau, I, § 129, p. 541, n. 6; Demolombe, VIII, n. 187; Planiol, I, n. 1997; Surville, I, n. 181-2°; Beudant, I, n. 288. — Cpr. Turin, 14 juill. 1807, S., 8. 2. 43, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 509.

(6) Planiol, I, n. 1092-2°; Surville, I, n. 181-7°.

(7) Planiol, I, n. 1092-3° et 5°; Surville, I, n. 181-6°.

(8) Planiol, I, n. 1092-4°; Fuzier-Herman, art. 201, n. 28 s. — Paris, 1er août 1818, S., 19. 2. 63, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 524. — Poitiers, 16 juill. 1846, S., 46. 2. 526, D., 46. 2. 195.

(9) Planiol, I, n. 1092-6°.

(10) Demolombe, III, n. 344; Laurent, II, n. 501; Huc, II, n. 159; Planiol, I, n. 1092-6°; Beudant, I, n. 288; Glasson, n. 163.

fait-il perdre au mariage *erga omnes,* ou seulement à l'égard de ceux qui ont été parties ou représentés à l'instance ? Inversement, à quelles personnes peut être opposé le jugement qui le déclare valable ? Ou, en termes plus généraux, quelle est l'autorité de la chose jugée, quant à l'existence ou à la validité de l'union légitime (1) ? Cette grave et délicate question, qui s'est posée, pour la première fois, devant des juges à une date récente, et qui a été résolue en sens opposé par le tribunal et par la cour appelés à statuer, n'avait guère été non plus examinée par la doctrine d'une façon particulière. Abstraction faite de la théorie du légitime contradicteur (2), qui s'étendait à toutes les décisions portant sur des questions d'état, mais qui était de plus en plus discréditée, on s'accordait tacitement à laisser les jugements rendus en matière de mariage sous l'empire du principe de l'autorité relative de la chose jugée. Considérés comme simplement déclaratifs, et non comme constitutifs, de l'état des personnes, ils restaient soumis à la règle de l'art. 1351. Mais, depuis que les faits ont obligé les auteurs à constater les résultats précis de leur doctrine, un revirement s'est produit, et la plupart n'hésitent plus à y apporter toute une série de tempéraments. Toute la difficulté est de déterminer leur étendue, et surtout le principe juridique dont ils doivent s'inspirer. Mais elle n'apparaît avec toute sa gravité que lorsqu'on détermine préalablement les conséquences auxquelles aboutissent les systèmes de l'autorité relative et de l'autorité absolue de la chose jugée, en pareille matière. Aussi est-ce par là qu'il faut commencer (3).

1881. Dans le système de l'autorité relative, les enfants nés du mariage annulé conservent, s'ils n'ont pas été parties à l'instance, le bénéfice de la légitimité dans leurs rapports

(1) Cf. Planiol, I, n. 1084, s.; de Loynes, *Note*, D., 91. 2. 153; Raymond Bufnoir, *De l'autor. de la chose jugée en matière d'état des pers.* (Thèse, Paris), 1893; Chéneaux, *De l'autor. de la chose jugée sur les quest. d'état et de capacité générale* (Thèse, Bordeaux), 1895; Dastarac, *De l'effet de la chose jugée en matière d'état des pers.* (Thèse, Toulouse), 1895; Charmont, *Rev. crit.*, 1892, XXI, p. 65 s.

(2) Sans la discuter à cette place, qui n'est pas sa place naturelle, nous la considérons comme repoussée.

(3) Cf. Chéneaux, *op. cit.*, p. 72 s.; Bufnoir, *op. cit.*, p. 111 s., 118 s.; Dastarac, *op. cit.*, p. 227 s; Charmont, *loc. cit.*, p. 66 s.; de Loynes, *loc. cit.*

avec leurs père et mère, qui peuvent, d'autre part, réclamer tous les droits que leur confère ce titre; et ils le conservent dans leurs rapports avec les tiers, même s'ils ont été parties au procès, puisque le jugement reste, à l'égard de ceux-ci, *res inter alios acta*. Or cette situation, dont les tiers peuvent leur enlever les avantages, quand le mariage de leurs auteurs est inexistant ou atteint de nullité absolue, puisqu'ils sont alors admis à se prévaloir de ces vices, leur reste définitivement acquise, lorsque la nullité, simplement relative, ne peut être invoquée que par certaines personnes, limitativement déterminées.

Puis, si l'un des anciens conjoints veut se remarier, l'officier de l'état civil peut et doit se refuser à procéder à la célébration : car, à son égard, la première union est encore subsistante, et elle reste telle tant qu'il ne lui a pas été démontré que le jugement qui l'a annulée est devenu opposable à tous. Objecterait-on (1) qu' « il n'a pas mission de sauvegarder et de défendre les droits des tiers »? Mais, ministre de la loi qui lui prescrit de ne célébrer de mariages qu'entre personnes qui ne sont pas encore engagées dans les liens d'une précédente union, il est un tiers lui-même, auquel les futurs époux doivent justifier qu'ils remplissent toutes les conditions légales.

En troisième lieu, si l'un des anciens époux se remarie, tous ceux auxquels ne peut être opposé le jugement qui prononce l'annulation peuvent demander celle du second mariage, pour cause de bigamie, sans que ces nouveaux conjoints puissent eux-mêmes faire annuler le premier, si la cause de la nullité relative procédait uniquement de la personne du tiers époux, et sans qu'ils soient absolument sûrs d'obtenir cette annulation, même si la nullité était absolue. Il pourrait donc en résulter que les enfants du premier lit du conjoint remarié, issus d'une union nulle, eussent le droit de traiter comme adultérins ceux du second mariage, qui est, au fond, seul valable.

En quatrième lieu, en dépit de la sentence d'annulation qui devrait lui faire perdre complètement le bénéfice de l'éman-

(1) Dastarac, *op. cit.*, p. 228.

cipation tacite, l'époux mineur continuerait à le retenir, dans ses rapports avec les tiers avec qui il contracterait par la suite, alors que cette extension de sa capacité devrait logiquement disparaître, avec la cause qui l'a produite. Pareillement la femme pourrait encore, en dépit de cette sentence, se prévaloir, à l'égard des tiers, du défaut d'autorisation, sans qu'ils fussent admis eux-mêmes à invoquer la nullité du mariage, si elle était purement relative. Mais aussi, en retour, elle resterait obligée à se munir, à l'avenir, d'une autorisation que son ancien époux n'aurait plus aucune qualité pour lui donner. De même encore, elle jouirait toujours de son hypothèque légale sur les biens de celui qui n'est plus son mari, sans que les autres créanciers de celui-ci pussent la faire tomber, si la nullité du mariage n'était point absolue.

En cinquième lieu, les effets du mariage annulé persisteraient quand même, en ce qui concerne l'alliance, sans que ces pseudo-alliés pussent échapper à ses conséquences, si ce mariage n'était atteint que de nullité relative.

Et enfin, s'il était annulable à raison du défaut de consentement de la famille, quelle serait donc la situation des époux, soit dans leurs rapports personnels, soit dans leurs rapports avec leur famille, soit dans leurs relations avec les tiers, lorsque l'action, successivement intentée par eux et par les représentants de celle-ci, aboutirait à des décisions contradictoires? S'ils ont succombé eux-mêmes dans leur demande, alors que leurs parents ont triomphé, devraient-ils être ou non réputés mariés dans leurs rapports respectifs, ou bien, censés légitimement unis l'un vis-à-vis de l'autre, ne seraient-ils plus considérés comme tels à l'égard de leurs ascendants? Si, au contraire, les époux voyaient accueillir leur propre demande, alors que celle des parents aurait été repoussée, conserveraient-ils ou perdraient-ils, vis-à-vis de ces derniers, la qualité dont ils ont été dépouillés eux-mêmes? Et si leur propre position était déjà difficile à déterminer, quelle serait donc celle de leurs enfants?

1882. En somme, si telles sont les conséquences de ce système, ce qui rend très difficile de s'y maintenir, ce n'est point que l'état des époux cesse d'être indivisible et qu'il

varie suivant les situations dans lesquelles ils ont à s'en prévaloir : c'est que le jugement d'annulation ne remplit réellement pas son objet, s'il concentre ses effets dans les rapports des personnes qui l'ont obtenu ou qui y ont été représentées. Il déclare un commerce illégitime, et ce commerce garde tous les attributs de la légitimité à l'égard des enfants qui en sont issus, à l'égard des tiers, et bien mieux, sous certains rapports, à l'égard des époux eux-mêmes, et il est parfois impossible de les lui enlever ! L'union est considérée comme non avenue, et cependant elle peut s'opposer à ce que les anciens époux se marient valablement avec d'autres personnes ! La famille la fait annuler, parce que l'autorité de ses chefs a été méconnue, et la validité en reste peut-être entière quant aux époux, voire même dans leurs rapports avec leurs enfants ! Le ministère public les a fait condamner à se séparer, et le désordre ne cesse pas, puisque non seulement ils peuvent, en fait, rester unis, mais encore imposer, en droit, aux tiers le respect de leurs relations pourtant irrégulières ! En définitive, si l'autorité de la décision n'est que relative, non seulement elle est privée de ses effets en dehors d'un certain cercle de personnes, mais, ce qui est plus inadmissible, elle n'atteint qu'incomplètement son but, qui est de substituer, pour le passé comme pour l'avenir, à une situation trompeuse et illégale, l'état réel qui est seul conforme au droit.

1883. Aussi bien toute la doctrine convient aujourd'hui, à la suite de Merlin (1), qui s'était le premier engagé dans cette voie, qu'il est impossible de s'en tenir absolument au principe de l'art. 1351 dans notre matière. Mais les divergences éclatent, quand il s'agit de marquer la mesure dans laquelle on doit s'en écarter et les motifs au nom desquels on peut le faire. Et toutefois deux tendances principales peuvent être distinguées.

Dans un premier parti (2), on considère le principe de l'autorité relative de la chose jugée comme absolu : expression du bon sens, qui veut qu'une décision ne puisse devenir

(1) *Rép.*, v° *Quest. d'état*, § III, art. 1er, n. 9.
(2) R. Bufnoir, *op. cit.*, p. 52 s., et p. 107 s. ; Dastarac, *op. cit.*, p. 3 s., et p. 227 s.

opposable qu'à ceux qui ont pu être entendus au débat, la règle de l'art. 1351 est tout à fait générale, elle ne comporte aucune distinction, ni en raison, ni dans le texte qui la formule, suivant que le litige porte sur des droits pécuniaires ou sur des droits moraux. Sans doute ce texte est placé au titre *Des obligations;* mais le chapitre des Preuves qui le termine n'a rien de particulier aux droits relatifs au patrimoine, et il en doit être ainsi spécialement de l'art. 1351, qui s'y trouve placé. L'art. 100 en consacre, au surplus, une application expresse, quant aux jugements qui statuent sur une rectification de l'état civil. Il est vrai que l'état des personnes est naturellement indivisible et qu'il devient nécessairement précaire, si la constatation en est exposée aux contradictions de décisions judiciaires successives. Mais d'abord son indivisibilité ne s'oppose pas à ce que les conséquences de cet état soient régies, suivant les personnes vis-à-vis desquelles on s'en prévaut, par des décisions différentes; et ensuite il n'appartient qu'au législateur de mettre un terme à son incertitude. Or, si une réforme en ce sens peut être très désirable, le silence des rédacteurs du Code montre assez qu'elle ne les a pas préoccupés.

1884. Est-ce à dire que tout jugement qui statue sur une question d'état, et pour ne parler ici que de celle-là, sur la validité d'un mariage, ait toujours une autorité purement relative ? Non : des distinctions sont admises par les auteurs qui se rattachent à cette opinion, mais elles ne concordent pas.

Ils sont cependant d'accord pour reconnaître que les jugements qui interviennent à la suite d'une action réservée à un individu, bien qu'il y ait d'autres intéressés, doivent jouir de l'autorité la plus étendue (1) : tel est le cas pour celui qui annule un mariage, à raison d'un vice du consentement de l'un des époux (art. 180). S'il n'avait en effet qu'une autorité relative, on admettrait à renouveler le débat des personnes qui n'étaient pas recevables à agir, et on enlève-

(1) Planiol, I, n. 1087 et 1090; R. Bufnoir, *op. cit.*, p. 109 s.; Chéneaux, *op. cit.*, p. 79 s.; Dastarac, *op. cit.*, p. 74 s.

rait son caractère essentiellement personnel à l'action que la loi attribue à l'époux dont le consentement n'a pas été libre. Ce qui a été jugé avec lui est donc jugé *erga omnes*. Telle fut précisément la solution consacrée, pour ce cas, par la cour d'Agen (1), qui réforma la décision contraire du juge de première instance (2), lequel avait échappé d'ailleurs aux conséquences logiques du système qu'il adoptait.

1885. Quant aux jugements rendus sur la demande formée pour défaut de consentement de la famille, certains (3) les laissent sous l'empire de la règle générale, parce que, le droit de faire valoir la nullité relative appartenant alors à deux catégories de personnes, l'usage qu'en fait l'une ne saurait compromettre le droit de l'autre. Il s'ensuit que, après que le mariage aura été déclaré valable, contrairement aux conclusions d'un des époux, il pourra être annulé, à la requête du représentant de la famille, et que cet époux, réputé marié au regard de son conjoint, ne le sera pas, dans ses rapports avec ses parents. Mais d'autres (4), au contraire, confèrent à ces jugements une autorité absolue, parce que l'action a été ici encore strictement réservée à certains individus et que nul autre ne saurait remettre en question ce qui a été tranché avec eux. Il est vrai que cette action appartient à plusieurs personnes, et que des décisions contradictoires peuvent intervenir à la requête des unes et des autres; mais voici comment ce conflit peut être résolu. Si la demande de la famille triomphe, après que celle de l'époux a échoué, le jugement d'annulation s'impose à tous, même aux conjoints, sans quoi l'objet de cette demande ne serait pas atteint : l'autorité méconnue continuerait à être impunément bravée, au grand préjudice de ces conjoints eux-mêmes. A l'inverse, si l'époux obtient l'annulation vainement réclamée déjà par sa famille, la sentence doit avoir effet même vis-à-vis de celle-ci. Et le motif juridique de le décider ainsi est le même dans les deux hypothèses : lorsque la partie qui a pris, la première, l'initiative

(1) Agen, 14 juin 1890, S., 93. 2. 4, D., 91. 2. 153 et note de M. de Loynes.
(2) Mirande, 28 juin 1889, sous Agen, précité.
(3) Merlin, *loc. cit.*; R. Bufnoir, *op. cit.*, p. 113 s.
(4) Planiol, I, n. 1088 et 1090; Dastarac, *op. cit.*, p. 92 s..

de la réclamation a agi, elle a épuisé son droit et se trouve dans la situation d'un tiers ordinaire; et dès lors le jugement prononcé à la requête de celle qui a conservé son droit personnel, devenu exclusif, lui devient opposable, comme à toute autre personne.

1886. Enfin, lorsque la nullité est absolue, le jugement qui règle le sort du mariage reste, dans une première opinion (1), soumis au droit commun de l'art. 1351. Tout intéressé étant admis alors à faire valoir ses droits, on ne comprendrait pas que cette faculté lui fût confisquée par le fait d'un tiers, dont les intérêts pouvaient être opposés aux siens. Et d'ailleurs l'autorité relative de ce jugement n'a plus les conséquences dont la bizarrerie a été relevée, puisque, chaque fois qu'on se prévaut, en dépit de ce jugement, de la validité du mariage nul et annulé, celui auquel on l'oppose peut la contester lui-même sur le fondement de son intérêt.

Mais, dans une seconde opinion (2), tout en restant attaché au principe de l'autorité relative, on croit apercevoir à certains signes qu'une exception à ce principe a été « reconnue au fond, en matière de mariage, par les rédacteurs du code » (3). Ce n'est pas qu'on doive induire, par *a contrario,* des art. 201 et 202, d'après lesquels le mariage putatif produit des effets civils, qu'en dehors de cette hypothèse le mariage annulé n'en saurait avoir aucun : car il reste à savoir vis-à-vis de qui cette annulation lui enlève toute valeur. Mais on estime, d'abord, que le jugement qui la prononce à la requête du ministère public doit avoir une autorité absolue. Si elle était limitée en effet aux rapports personnels des époux, à quoi aurait servi l'intervention du représentant de la société, qui se proposait de faire restituer à un commerce irrégulier et peut-être criminel son véritable caractère, et cela, naturellement, à l'égard de tous? Les aurait-il fait condamner à se séparer, s'ils restaient époux légitimes au regard des tiers? On observe ensuite que le jugement rendu à sa requête dans l'hypothèse de l'art. 198 a force de chose jugée *erga omnes.*

(1) Dastarac, *op. cit.*, p. 225 s.
(2) R. Bufnoir, *op. cit.*, p. 122 s.
(3) Planiol, I, n. 1089; R. Bufnoir, *op. cit.*, p. 123.

Et enfin on se demande pourquoi, s'il en est ainsi en ce qui concerne les décisions rendues sur l'intervention du ministère public, il en serait différemment pour celles qu'obtiennent les personnes qui agissent sur le fondement d'un intérêt moral : ne sont-elles pas en effet, comme lui, les représentants du bon ordre et de la morale publique, au nom desquels elles agissent bien plus qu'au nom de leurs intérêts privés? Mais on ne pense pas qu'on puisse généraliser cette solution, et on maintient finalement des effets relatifs au jugement rendu sur l'action d'un collatéral ou d'un simple créancier, qui ne sauvegardent, eux, que des intérêts particuliers (1).

1887. Un second parti, plus déterminé, se décide à dénier à la règle de l'art. 1351 la force d'un principe de droit commun (2). Et c'est vers sa doctrine que nous inclinons. Que cette règle doive être considérée généralement comme la raison écrite, sans doute, car elle n'est que la conséquence de cette idée que les actes et les responsabilités sont personnels. Mais ce qui est très contestable, c'est qu'elle soit absolument, et dans toutes les circonstances, impérative, à moins qu'un texte formel n'y ait apporté une exception. Formulée relativement aux obligations, si elle doit être logiquement étendue à tous les jugements qui statuent sur des droits relatifs au patrimoine, lesquels sont en effet de même nature, on conçoit qu'elle puisse rester inapplicable, au moins sous certaines conditions, à ceux qui tranchent des contestations relatives à des droits d'une espèce toute différente, tels que les droits moraux. Est-ce que les modes de preuve organisés par le chapitre VI du titre *Des contrats* sont tous susceptibles d'être invoqués en matière d'état ou de capacité, ou bien, au contraire, le code n'en a-t-il pas, en cette matière, posé de toutes particulières, quant à la preuve littérale, à la preuve testimoniale, à l'aveu, au serment, aux présomptions? Pourquoi donc le principe de la relativité de la chose jugée, qui consacre une présomption légale, serait-il seul à s'appliquer nécessairement dans cet ordre de différends? Et ne paraît-il

(1) Cpr. cep. Planiol, I, n. 1089, dont la doctrine paraît générale.

(2) Chéneaux, *op. cit.*, p. 45 s. et p. 78 s.; de Loynes, *loc. cit.*, p. 153 s. — Cpr. Toullier, X, n. 224 et 225.

point plus logique de ne le leur étendre que tout autant que la nature propre des rapports à régler le demande, et de l'exclure lorsqu'elle y fait opposition?

1888. Au surplus, ceux mêmes qui sont pleins de respect pour ce principe ne se sont point crus empêchés, malgré l'absence de tout texte, d'y apporter dans une série d'hypothèses, qu'ils ont faite plus ou moins nombreuse, de notables tempéraments. C'est ainsi qu'ils déclarent, en termes généraux, que tous les jugements constitutifs de l'état et de la capacité jouissent d'une autorité absolue, parce qu'ils sont des actes de puissance ou d'administration, qui, ayant pour objet d'organiser cet état et cette capacité, doivent être opposables à tous, tous les intérêts devant céder devant la nécessité qui les dicte (1). Mais ces actes n'en sont pas moins, à tout prendre, des jugements, qui interviennent à la fin d'une procédure, et qui ne devraient échapper qu'en vertu de textes précis, comme il en existe du reste, au principe reconnu général de l'art. 1351. Le véritable motif, pour les y soustraire, c'est donc que leur but serait manqué, s'ils n'avaient pas cette autorité universelle.

Puis ces mêmes esprits n'hésitent pas à accorder la même autorité à des décisions purement déclaratives de l'état, telles que celles qui admettent un désaveu de paternité ou qui prononcent la nullité d'un mariage à raison d'un vice du consentement de l'un des époux. Or où est le texte qui, par exception au prétendu droit commun, la leur reconnaît? Sans doute il serait absurde que le désaveu restât non avenu à l'égard des tiers, puisque son auteur, après l'avoir exercé contre le seul défendeur possible à son action, serait hors d'état de renouveler celle-ci contre toute autre personne, et que dès lors, une fois qu'elle a triomphé vis-à-vis du défendeur désigné, le jugement doit être opposable à tous. Mais, outre qu'aucune disposition ne consacre cette exception, le même raisonnement ne saurait être reproduit en ce qui concerne l'action en nullité relative de mariage. Il ne suffit point en effet de répéter que, comme elle est réservée à l'époux, ce

(1) Planiol, I, n. 1086 et 1089.

qui a été jugé sur son instance est jugé avec tous. Tout ce qu'on peut déduire de ce caractère, c'est que nulle autre personne ne peut la mettre en mouvement. Mais il n'en découle pas nécessairement que le jugement doive être considéré, *erga omnes,* comme l'expression de la vérité, qu'il admette la demande ou qu'il la rejette. Et on comprendrait que les tiers pussent tout au moins, comme défendeurs, contester la valeur d'un jugement auquel ils n'auraient pas été parties, comme aussi que l'époux, après avoir échoué contre son conjoint, pût entamer un nouveau débat avec ces nouveaux adversaires.

D'autre part, n'est-ce point porter une nouvelle atteinte au principe de la relativité de la chose jugée, que d'admettre, lorsque la nullité dérive du défaut de consentement de l'autorité domestique, que le jugement obtenu par la partie qui a exercé son droit la dernière est opposable à l'autre ? On dit, à la vérité, que celle-ci a épuisé le sien et qu'elle se trouve désormais assimilée à un tiers, lequel doit s'incliner devant le résultat d'une action qui ne lui appartenait pas. Mais, d'abord, on pourrait faire à ce raisonnement la même objection qui vient d'être faite au précédent. Ensuite ne voit-on pas que, sous prétexte de respecter deux droits qui sont égaux, on sacrifie l'un à l'autre, et que, pour faire cesser le conflit de deux décisions contradictoires, on fait prévaloir absolument l'une des deux ? Dans cette doctrine, c'est celui qui se tient sur la réserve qui l'emporte, puisque le jugement d'annulation obtenu par la famille s'impose même aux époux dont le mariage avait été déjà déclaré valable, et que l'annulation prononcée à la requête des conjoints opère même à l'égard des parents dont la demande avait été préalablement repoussée. Qu'est-ce à dire, sinon que le premier jugement ne vaut rien, même *inter partes,* et que c'est le dernier seul qui compte?

Enfin, lorsqu'on va jusqu'à accorder une autorité absolue aux jugements intervenus sur l'action du ministère public ou même du particulier qui agit au nom d'un intérêt moral, il est manifeste qu'on cesse d'être fidèle aux principes qu'on entendait respecter. D'une part on admet que le droit de ceux

qui sont restés dans l'inaction peut être compromis par ceux qui en sont sortis, comme aussi que les premiers profitent des efforts des seconds, ce qui est contraire à la règle de la relativité de la chose jugée. D'autre part, on reconnaît ainsi qu'à limiter la force de la décision prononcée dans de pareilles conditions, on risque trop de lui enlever sa portée véritable et de rendre l'action, à certains égards, tout à fait illusoire. Puis, si on explique que l'action exercée par un créancier ne doive pas avoir des effets aussi étendus, on est porté à se demander [1] pourquoi celle des collatéraux n'aurait pas les mêmes que celle des ascendants : car, si leur droit est subordonné à l'existence d'un intérêt pécuniaire, la loi ne le leur accorde-t-elle pas surtout pour venger l'ordre public blessé? Enfin on s'étonne [2] que le jugement qui accorde à cet ordre public la satisfaction qu'il réclamait, ne jouisse pas d'une autorité égale à celle de la sentence qui statue sur l'existence d'un simple vice du consentement.

1889. A apporter ainsi des tempéraments successifs, en dehors de toute disposition expresse, à un texte qu'on annonçait comme absolument général, mieux vaut, nous semble-t-il comme à d'autres auteurs, reconnaître, sans cesser de s'inspirer de son principe, que la nature de certains rapports juridiques doit le faire écarter résolûment. Et telle est bien la nature de ceux qu'engendre le mariage. L'état qu'il institue intéresse premièrement et avant tout les époux, car il s'analyse tout entier dans l'association intime de leurs personnes et de leurs destinées. Ce n'est qu'accessoirement, et parce que cette association entrera nécessairement en relations avec le monde extérieur, que cet état intéresse aussi les tiers, et qu'il en dérive pour les époux, dans leurs rapports avec ceux-ci, des droits et devoirs particuliers. Mais, si étendue que puisse être la sphère d'activité du ménage, son centre est toujours dans la personne des conjoints. Comment donc les tiers ne ressentiraient-ils pas le contre-coup nécessaire des modifications juridiques qui se produisent dans

(1) Bufnoir, *op. cit.*, p. 138.
(2) Bufnoir, *loc. cit.*

cette communauté d'existence? Comment continueraient-ils à traiter d'anciens conjoints, séparés au nom de la loi qui a fait annuler leur union, comme toujours unis en légitime mariage? Comment, à l'inverse, leur refuseraient-ils un titre qui leur a été judiciairement maintenu? Se peut-il qu'ils soient autorisés à faire valoir à l'encontre des époux, là où il n'y a plus mariage, des droits que le mariage avait pu seul leur donner, ou à remettre en question un état définitivement déterminé entre ceux qu'il intéresse le plus? S'ils le peuvent, alors la décision intervenue entre les époux n'a rien résolu : la vie commune qu'elle devait faire cesser peut durer encore, avec ses effets juridiques, ou celle dont elle voulait assurer le maintien prendre le caractère du concubinage!

On pourrait dire encore, en faveur de cette thèse, que, si le jugement qui statue sur la validité d'une convention ordinaire jouit d'une autorité simplement relative, c'est qu'il participe des mêmes effets que cette convention : inopposable aux tiers elle-même, la décision qui la valide ou qui l'annule concentre, elle aussi, ses effets dans les rapports des parties. Mais, comme le mariage étend les siens, par la force des choses, en dehors du cercle des époux, l'autorité de la chose jugée, quant à lui, doit dépasser aussi ce cercle. En d'autres termes, consacré *erga omnes,* lorsque le mariage est valable, l'état des parties est réglé pareillement à l'égard de tous, quand il est nul, et les tiers doivent toujours le prendre avec le caractère dont le marque la chose jugée, parce qu'ils n'ont pas de droit propre à faire valoir à son endroit.

Peut-être enfin ne serait-il pas interdit d'appuyer notre solution de celle qu'on adopte quant aux jugements constitutifs de l'état ou de la capacité. S'ils ont une autorité absolue, c'est, dit-on, qu'ils sont des actes de puissance, en ce sens que le pouvoir judiciaire modifie, dans l'intérêt même de la personne, sa situation ou ses aptitudes, tout comme la loi souveraine les avait elle-même réglées : ils doivent donc s'imposer à tous, au même titre que celle-ci. Or l'état de mariage n'existe, lui aussi, que par un acte de la puissance publique, qui, par le ministère de son représentant, donne force et vigueur à la volonté des parties, et c'est pourquoi, ainsi con-

sacrée, cette volonté a des effets universels. Mais, lorsque l'autorité judiciaire apprécie la valeur légale de l'acte auquel le ministre de la loi s'est associé, qu'elle lui dénie ces effets ou qu'elle les lui reconnaisse, sa décision n'apparaît-elle pas toujours comme une manifestation de la même puissance, et ne doit-elle pas, ou anéantir à jamais, ou consolider pour toujours, au regard de tous, l'état contesté ? Sans doute cette décision est purement déclarative ; mais, justement pour ce motif, ne doit-elle pas être investie d'une autorité toute pareille à celle de l'état sur lequel elle statue ? Sinon, tout en déclarant qu'il est tel, elle n'empêcherait pas, contrairement à son objet, qu'au regard de certains il fût autre. Il faut donc qu'opposable à tous avant qu'il fût contesté, l'état qu'elle constate ne puisse plus être discuté par personne (1).

1890. Toutefois certaines conditions doivent être remplies pour que, conformément à la doctrine à laquelle nous nous rallions, le jugement qui statue sur la validité ou sur l'existence d'un mariage ait une autorité absolue. Le difficile est de les déterminer ; mais il semble qu'on doive exiger les suivantes (2) :

1° Le jugement doit avoir statué sur cette question elle-même, et non sur une des conséquences pécuniaires du mariage. Dans le dernier cas, en effet, le débat n'a plus porté principalement sur l'état, et le jugement qui le termine ne se présente plus comme la suite d'un acte auquel la puissance publique a participé. Il n'ordonne pas la séparation des époux ou ne les autorise pas à continuer leur commerce ; il n'a pas pour objet de déterminer leur véritable état, mais seulement de trancher une question accessoire qui s'y rattache : son autorité doit donc rester relative.

2° Le jugement doit avoir été prononcé entre les deux époux : ils sont les premiers, même les seuls directement intéressés à la solution de la question qui se pose, car c'est de leur état à eux qu'il s'agit, de l'acte qu'ils ont personnellement accompli, et toutes autres personnes ne peuvent qu'en

(1) Cf. Civ. rej., 9 mai 1900, S., 1901. 2. 185, D., 1905. 1. 101.

(2) Cpr. Chéneaux, *op. cit.*, p. 83 s. ; de Loynes, *loc. cit.*, p. 155 et 156 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 127.

invoquer les conséquences. S'ils n'ont donc pas été tous deux mis en cause, la décision n'a d'effet qu'à l'égard de ceux qui y ont été parties ou représentés (1).

3° Enfin le jugement ne doit pas avoir été obtenu à l'aide de la collusion frauduleuse des parties : s'il en était le résultat, les époux ne seraient plus admis à prétendre que ce qui a été jugé avec eux l'a été avec tous, et les tiers conserveraient contre le jugement le recours de la tierce opposition. Mais, du reste, ainsi que nous l'avons déjà décidé, ils seraient admis auparavant à intervenir dans l'instance, pour déjouer la fraude et sauvegarder leurs intérêts, avant qu'il y eût contre eux aucun préjugé (2).

Telle nous paraît être la théorie qui doit régir les effets des jugements rendus en matière de mariage. Mais, quelle que soit celle qu'on adopte, il est trop certain que la loi eût été bien inspirée en organisant une procédure spéciale, de nature à garantir complètement tous les intérêts que met en jeu la question de l'existence ou de la validité de l'union légitime (3).

1891. Si l'union annulée est ainsi censée non avenue, est-elle, toutefois, absolument dénuée d'effet? Ce serait là une exagération, dont les interprètes se sont généralement gardés (4). Qu'elle soit destituée de tous ceux qui sont les attributs du caractère légal de l'union matrimoniale, il le faut bien, puisque la décision judiciaire dépouille l'union nulle, même dans le passé, de ce caractère. Mais pourquoi ne conserverait-elle pas ceux qui sont indépendants de sa légitimité, et qui procèdent uniquement de l'existence des rapports qu'ont entretenus deux personnes ? Si, en tant que mariage, cette union est non avenue, en tant qu'union irrégulière rien ne peut l'empêcher d'avoir existé, et cette existence de fait peut ne pas être dépourvue de conséquences juridiques. On comprend même que les effets de ce commerce, sans équiva-

(1) Cpr. Crim. cass., 30 mai 1846, S., 46. 1. 717, D., 46. 4. 363. — Chambéry, 7 août 1865, S., 66. 2. 187.

(2) Chéneaux, *op. cit.*, p. 87 ; Dastarac, *op. cit.*, p. 74. — Cf. *supra*, n. 1704.

(3) Cf. Planiol, I, n. 1085 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 138 s. ; Chéneaux, *op. cit.*, p. 169 s. ; Dastarac, *op. cit.*, p. 239 s.

(4) Aubry et Rau, V, § 459, p. 45 ; Demolombe, III, n. 315 ; Laurent, II, n. 438 ; Huc, II, n. 159 ; Surville, I, n. 181 *in fine* ; Beudant, I, n. 289.

loir à ceux du mariage, puissent être plus amples que ceux de relations qui n'ont jamais affecté les apparences de la légitimité et prêté à la même illusion, et qu'ils puissent l'être précisément parce que les personnes qu'il liait se sont plus ou moins longtemps comportées comme époux légitimes : ayant bénéficié de cette situation fausse, elles doivent aussi en accepter certains résultats. Cette considération seule peut expliquer que, par une déviation des principes remarquable, le mariage annulé puisse produire des effets qui ne sauraient appartenir à toute union irrégulière.

1892. La règle qui vient d'être posée conduit aux applications suivantes (1) :

1° La filiation des enfants nés pendant la durée du mariage annulé, ou dans les dix mois de son annulation, se trouve être, à moins qu'il n'y ait pas eu cohabitation entre les époux, légalement constatée par leur acte de naissance : elle l'est en dehors de toute reconnaissance de la part de leurs auteurs, et lors même que celle-ci eût été impossible, et se trouve être, suivant les cas, simplement naturelle, ou même adultérine ou incestueuse (2). C'est évidemment, entre autres, à cette hypothèse que se réfèrent les art. 762 s., qui supposent légalement constante une filiation de cette dernière nature, alors que sa reconnaissance volontaire est rigoureusement interdite. Et de fait on s'explique que la continuité des rapports qui ont existé entre les conjoints et qui revêtaient jusqu'aux apparences de la légitimité, fasse de plein droit considérer comme leurs les enfants qui en sont issus et qui ont été régulièrement déclarés comme tels, fût-ce par d'autres que les parents : aussi cette solution paraît-elle avoir été déjà

(1) Outre ces applications, on peut citer celle qu'en a faite un arrêt de la cour de Poitiers, en date du 21 janvier 1901 (D., 1902. 2. 52), selon lequel un mariage, fût-il argué de nullité, peut constituer une violation de la condition de ne pas se remarier apposée à un legs : en l'espèce, il y avait eu une possession d'état conforme au titre et ayant duré deux ans et demi.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 45, n. 5; Demolombe, III, n. 345; Demante, I, n. 283, note 1; Marcadé, I, art. 202-IV, n. 702; Laurent, II, n. 438; Huc, II, n. 159; Planiol, I, n. 1092-1° et 1541-4°; Surville, I, n. 181; Beudant, I, n. 289; Fuzier-Herman, art. 201, n. 30; Glasson, n. 163. — Cass. Turin, 25 sept. 1879, S., 81. 4. 7. — Agen, 14 juin 1890, S., 93. 2. 4, D., 91. 2. 153, et note de M. de Loynes.

consacrée sous l'ancien droit (1). Il semble toutefois qu'elle devrait être écartée au cas où la cause de l'annulation serait l'impuberté du mari, puisque cette circonstance repousserait d'elle-même toute induction qu'on voudrait tirer, sous le rapport de la filiation des enfants, de la cohabitation des époux (2).

1893. On peut aussi fortement douter, malgré l'autorité des auteurs (3) qui émettent ces propositions, que d'une façon générale « l'annulation d'un mariage n'enlève pas aux enfants... le droit de prouver leur filiation, tant paternelle que maternelle, à l'aide des moyens dont ils auraient pu faire usage si le mariage avait été maintenu ». Autre en effet, peut-on dire, est le cas où cette filiation est d'ores et déjà établie et où l'art. 319 peut être appliqué en l'étendant en dehors de ses termes, et autre celui où elle ne l'est pas encore lors de l'annulation, auquel cas il ne s'agit, de la part de l'enfant, que d'une recherche de paternité ou de maternité qu'on sait par avance ne pouvoir être légitime. Est-il possible alors, malgré cette certitude, de permettre à l'enfant d'emprunter les voies des art. 323 s., qui conduisent normalement à des résultats qu'il ne saurait, ici, nécessairement atteindre?

1894. 2° La prohibition de l'art. 228 s'applique à la femme dont le mariage a été annulé aussi bien qu'à la veuve. Telle est du moins l'opinion générale, qui sera ultérieurement justifiée (4).

1895. 3° Les droits respectifs des époux, quant aux biens, doivent se régler conformément au droit commun des sociétés de fait, c'est-à-dire comme on règle les intérêts des personnes qui, sans convention préalable, ont vécu ensemble, en mettant en communauté tout ou partie de leurs biens (5). Et

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 399.

(2) Demolombe, III, n. 346.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 46, n. 6, et § 463, p. 82, n. 4; Demolombe, III, n. 124 et 348; Toullier, II, n. 663; Demante, *loc. cit.*; Marcadé, I, art. 228-I, n. 756; Huc, II, n. 159; Planiol, I, n. 1092 *in fine;* Surville, I, n. 181; Beudant, I, n. 289; Glasson, n. 163; Vazeille, I, n. 102; Pezzani, n. 544. — Trèves, 30 avril 1806, S. chr., II. 2. 141, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 968. — *Contra :* Laurent, II, n. 364. — Cf. *infra*, n. 2389.

(5) Pothier, *op. cit.*, n. 396 et 397; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 45, n. 3; Toullier,

toutefois, comme l'annulation du mariage fait réputer les deux époux libres de tout lien à l'égard l'un de l'autre, ils seraient certainement admis à réclamer, de préférence, l'exécution de la convention qu'ils auraient faite antérieurement, pour la liquidation de leurs intérêts pécuniaires, dans la plénitude de leur autonomie et de leur indépendance (1).

1896. Mais nous n'admettons pas, au contraire, que l'annulation laisse subsister entre chacun des époux et les parents de l'autre, à défaut de la véritable alliance civile, « l'affinité naturelle que leur commerce a produite », avec les effets légaux qu'on entend y attacher. L'alliance, de quelque nom qu'on l'appelle, ne résulte que de l'union légitime : elle ne saurait survivre à l'annulation rétroactive de celle-ci, car, dans le système de notre droit civil actuel, contraire en ce point au droit canonique et, par le fait, même à notre ancien droit (2), mais conforme au droit romain, elle est un des effets de son caractère légal, et non pas une simple suite des rapports qu'ont entretenus deux individus (3).

1897. Il va de soi, d'ailleurs, que l'annulation d'un mariage ne forme pas empêchement à ce que les mêmes personnes se remarient, valablement cette fois, l'une avec l'autre, lorsque la cause qui s'opposait à sa validité a disparu (4).

Mais, si l'un des anciens conjoints voulait profiter de sa liberté pour se marier avec une autre personne, et que l'art. 228 n'apportât pas un obstacle temporaire à cette nouvelle union, devrait-il attendre que le jugement d'annulation fût passé en force de chose jugée? Ce serait des plus désirables, puisque, si ce jugement était réformé ou cassé, ce serait ce nouveau mariage, et non l'ancien, qui serait nul. Mais les

I, n. 652; Laurent, II, n. 501; Planiol, I, n. 1092-3°; Surville, I, n. 181 *in fine*; Beudant, I, n. 289; Glasson, n. 163.

(1) Paris, 10 fév. 1892, D., 92. 2. 493. — Cpr. Planiol, I, n. 1092-5°.

(2) Dans notre ancien droit, le simple commerce charnel, indépendamment de tout mariage valide, engendrait, conformément au droit canonique, une affinité naturelle entre chacune des personnes unies par ce commerce et les parents de l'autre. Pothier, *op. cit.*, n. 162. — Cf. Planiol, I, n. 653.

(3) Demolombe, III, n. 347. — Cpr. Planiol, I, n. 653. — *Contra :* Aubry et Rau, V, § 459, p. 45, n. 4; Glasson, n. 163. — Cpr. Beudant, I, n. 291. — Cf *supra*, n. 1545 et 1546.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 46, n. 7; Glasson, n. 163.

principes ne permettent pas, selon nous, d'imposer à l'époux cette obligation : ni le délai d'appel, à la différence de l'appel interjeté, ni même le pourvoi en cassation n'ont d'effet suspensif (1). Et l'exception opportune qui a été apportée à ces principes généraux, en matière de divorce, par les art. 264 et 265 C. civ., ne saurait être étendue, malgré sa sagesse, à l'annulation (2). La force d'inertie de l'officier de l'état civil serait seule susceptible de suppléer quelque temps, et encore à ses risques et périls, à cette regrettable lacune de la loi.

II. *Du mariage putatif.*

1898. Aux règles qui déterminent les effets de l'annulation, la loi apporte la plus notable des exceptions en faveur du mariage *putatif,* c'est-à-dire de celui que les époux ou l'un d'eux ont « pensé », mais à tort, contracter valablement. Si leur bonne foi est impuissante à le faire maintenir et à le prolonger avec les attributs de la légitimité, du moins assure-t-elle le maintien des effets qu'il avait déjà produits, et même leur perpétuation lorsqu'on ne saurait, comme pour la filiation des enfants, en arrêter le cours sans par là même les méconnaître. Et rien n'est plus rationnel que la faveur ainsi faite à la bonne foi des contractants. Car, si la nullité doit être prononcée pour faire cesser la violation de la loi et lui restituer du même coup toute sa force d'intimidation, la société a plutôt intérêt à montrer quelque indulgence lorsque les époux en sont dignes, en conservant à leur union, pour le passé, certains des caractères qu'ils avaient cru lui donner. N'est-ce pas faire grâce de la vie, dans la mesure du possible, à une famille, c'est-à-dire à un groupement dont la persistance importe à la collectivité, au lieu d'en disperser les membres et d'altérer profondément la nature des rapports qui les

(1) En revanche, on ne saurait admettre la validité du désistement, ni celle de l'acquiescement, en matière d'annulation de mariage, et ce, quand même, postérieurement à l'annulation, les anciens prétendus époux auraient contracté de nouvelles unions. Civ. cass., 4 nov. 1901, S., 1903. 1. 273, D., 1902. 1. 185, et, sur renvoi, Amiens, 26 juin 1902, S., 1904. 2. 34. — *Contra :* Pilon, note, S., 1903. 1. 273.

(2) Glasson, n. 161. — *Contra :* Demolombe, III, n. 350; Delvincourt, I, p. 74, note 2. — Cf. *supra,* n. 1670.

unissaient jusque-là ? Voilà pourquoi on se décide à maintenir ces rapports autant qu'il se peut, sans faire durer le mariage lui-même (1).

Tel est le fondement de la théorie du mariage putatif, dont le germe, déposé dans un rescrit de Marc-Aurèle (2), ne se développa complètement que dans le droit canonique, auquel notre législation moderne a emprunté cette institution (3). Cette théorie est contenue tout entière dans les art. 201 et 202, ainsi conçus : « *Le mariage qui a été déclaré nul, pro-* » *duit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux* » *qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a été contracté de bonne* » *foi.* » — « *Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un* » *des deux époux le mariage ne produit les effets civils qu'en* » *faveur de cet époux et des enfants issus du mariage.* »

1. *Des conditions auxquelles un mariage est putatif.*

1899. A quelles conditions un mariage peut-il être considéré comme putatif? Des trois qu'exigeaient nos anciens docteurs, bonne foi de l'un au moins des époux, erreur excusable, et solennité de la célébration (*bona fide, opinione justa, solemniter*) (4), les textes précités n'en requièrent formellement qu'une seule, la première.

La bonne foi, souverainement constatée par le juge du fait (5), consiste dans l'ignorance par l'un des conjoints ou par les deux des causes qui faisaient obstacle à la validité de leur union. Et peu importe que cette ignorance soit ou non excusable : elle n'en est pas moins toujours constitutive de la bonne foi, dans le silence de ces dispositions, qui n'ont pas reproduit l'ancienne théorie, et à juste titre, étant donné leur but (6). Seulement il va de soi que la grossièreté même de

(1) Cpr. Planiol, I, n. 1093.

(2) L. 57, D., *De ritu nupt.*, XXIII, 2. — Cf. L. 3, C., *Solut. matrim.*, V, 18.

(3) Planiol, I, n. 1094; Surville, I, n. 182.

(4) Planiol, I, n. 1095. — Cf. *Nouveau Denisart*, III, v° *Bonne foi des contractants*, § 2, n. 1.

(5) Huc, II, n. 160. — Civ. cass., 25 mars 1889, S., 90. 1.145, concl. de M. Desjardins, note de M. Labbé, D., 90. 1. 227. — Civ. rej. (sur ce point), 30 juill. 1900, S., 1902. 1. 125, D., 1901. 1. 317, *J. Clunet*, 1900, p. 969.

(6) Aubry et Rau, V, § 460, p. 48, n. 5; Demolombe, III, n. 353 et 358; Demante,

l'erreur risque de lui enlever, au yeux du juge, de sa vraisemblance.

1900. Cette erreur peut être de fait ou de droit, suivant qu'elle procède de l'ignorance ou de la fausse notion d'un fait ou d'une prescription légale qui s'opposait à la validité du mariage, suivant, par exemple, que les époux ont ignoré le lien de parenté qui les unissait, ou, le connaissant, la disposition de la loi qui, à raison de l'existence de ce lien, prohibait leur mariage (1). Quelle qu'en soit la nature, l'erreur peut servir de base, en notre matière, à la bonne foi, et c'est à tort qu'on l'a contesté en ce qui touche l'erreur de droit. La loi ne fait aucune distinction, et ses termes généraux comprennent tous les genres d'erreur, comme ils devaient du reste les comprendre tous, la situation des époux pouvant être, dans tous les cas, également digne d'intérêt. Vainement objecte-t-on que cette erreur est inexcusable et que la plus élémentaire prudence aurait suffi à l'éviter. Car, d'une part,

I, n. 283 *bis*, III; Laurent, II, n. 503; Fuzier-Herman, art. 201, n. 7 s. — *Contra :* Toullier, I, n. 658 s.; Duranton, II, n. 348 s.; Delvincourt, I, p. 75, note 2; Vazeille, I, n. 272 s. — Cpr. Marcadé, I, art. 202-II, n. 693; Planiol, I, n. 1100-1101.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 48 et 49, n. 7; Demolombe, III, n. 357; Demante, I, n. 283 *bis*, III; Duvergier sur Toullier, I, n. 658, note *a;* Marcadé, I, art. 202-II, n. 693; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 349; Laurent, II, n. 504; Huc, II, n. 160; Planiol, I, n. 1096; Surville, I, n. 183; Beudant, I, n. 293; Fuzier-Herman, art. 201, n. 9 s., et art. 202, n. 1 s.; Pochonnet, *Rev. crit.*, 1856, IX, p. 201; Cabantous, *Note, J. Pal.*, 1858, p. 1083. — Aix, 8 février 1821, S. chr., IV. 2. 360, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 434. — Paris, 18 déc. 1837, S., 38. 2. 113, D., 38. 2. 177. — Metz, 7 février 1854, S., 54. 2. 659, D., 54. 2. 217. — Nîmes, 23 février 1858, S., 58. 2. 385. — Aix, 11 mars 1858, S., 59. 2. 17, note de M. Gilbert, D., 71. 5. 260. — Paris, 9 février 1860, S., 60. 2. 65, D., 60. 2. 73. — Trib. Vienne, 28 déc. 1865, S., 66. 2. 201, D., 67. 3. 45. — Lyon, 24 février 1881, S., 83. 2. 18, D., 81. 2. 199. — Rouen, 6 avril 1887, sous Cass., S., 90. 1. 145, note de M. Labbé, D., 89. 2. 17, note de M. Cohendy. — Paris, 14 mars 1889, D., 90. 2. 88. — Trib. Seine, 12 juin 1896, D., 96. 2. 453. — Paris, 18 mars 1897, S., 1900. 2. 131, D., 97. 2. 200. — Trib. Angers, 27 juillet 1896, S., 1902. 1. 125, sous Civ. rej., postcité. — Trib. Monaco, 12 déc. 1899, *J. Clunet*, 1900, p. 197. — Civ. rej. (sur ce point), 30 juillet 1900, S., 1902. 1. 125, D., 1901. 1. 317, *J. Clunet*, avec les conclusions conformes de M. l'avocat général Desjardins, 1900, p. 969, *Rev. crit.*, avec les observations de M. Tissier, 1902, p. 593. — Trib. Seine, 16 juin 1906, *J. Clunet*, 1907, p. 142. — *Contra :* Toullier, I, n. 658; Duranton, II, n. 351; Proudhon, II, p. 3; Delvincourt, I, p. 75, note 2; Richefort, II, n. 210; Vazeille, I, n. 272; Allemand, I, n. 607. — Colmar, 14 juin 1838, S., 38. 2. 345, D., 38. 2. 177. — Cpr. Chambéry, 15 juin 1869, S., 70. 2. 214, D., 69. 2. 188.

on ne saurait demander à des parties qui peuvent n'avoir aucun doute sur la légitimité de leur union, de se renseigner précisément auprès de ceux qui pourraient les éclairer, pas plus d'ailleurs qu'on n'exige d'elles qu'elles aient fait leur possible pour ne pas tomber dans l'erreur de fait qu'elles ont commise. Et, d'autre part, les circonstances peuvent donner à leur ignorance la plus naturelle des explications : n'était-ce pas le cas de cette étrangère qui avait épousé, dans son pays, un Français de vingt-quatre ans auquel manquait le consentement de sa famille, et qui avait cru d'autant plus à sa capacité que la loi du lieu la conférait aux nationaux ? Mais d'ailleurs, l'erreur de droit ne pût-elle être jamais excusée, qu'elle n'en serait pas moins susceptible de rendre le mariage putatif, puisqu'il n'est pas nécessaire pour cet objet que l'erreur soit excusable. Dira-t-on enfin que nul n'est censé ignorer la loi ? Mais cette présomption, nous l'avons dit, est justement susceptible d'être combattue par la preuve contraire, toutes les fois que la loi se propose de venir au secours de la bonne foi (1).

1901. Il appartient à ceux qui invoquent les effets du mariage putatif de prouver leur bonne foi, et par suite l'erreur qui lui sert de base, car tout demandeur doit établir le bien fondé de sa demande. Or n'est-ce pas là la situation des personnes qui, étant admis que le mariage est nul et ne peut dès lors produire aucun effet, ont la prétention, par une exception à cette règle, de lui conserver certains d'entre eux, en lui faisant reconnaître le caractère putatif ? C'est donc à elles de démontrer qu'elles sont dans les termes de l'exception.

Cette solution est généralement admise pour le cas où l'erreur commise est de droit : la bonne foi ne saurait être alors bien évidemment présumée, contrairement à la règle *nemo jus ignorare censetur,* qui établit la présomption inverse (2).

(1) Cf. tome Ier, n. 114.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.,* p. 49, n. 9 ; Demolombe, III, n. 359 ; Demante, I, n. 283 *bis,* IV ; Laurent, II, n. 506 ; Huc, II, n. 160 ; Planiol, I, n. 1099 ; Surville, I, n. 183 ; Beudant, I, n. 294 ; Fuzier-Herman, art. 201, n. 24 s. — *Contra :* Aix, 11 mars 1858, S., 59. 2. 17, note de M. Gilbert, D., 71. 5. 260. — Cpr. Merlin, *Rép.,* v° *Légitimité,* sect. I, § 1, n. 8.

1902. Mais on la repousse ordinairement en ce qui concerne l'erreur de fait : sous ce rapport, prétend-on, les parties doivent être présumées de bonne foi (1). Rien de plus fragile cependant que les arguments de cette opinion. Suffit-il d'invoquer la présomption de l'art. 2268 : « c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver » ? Non, puisque, ainsi que le confessent certains de ses partisans, cet article est tout à fait « étranger à la matière qui nous occupe », et qu'il est de règle que les présomptions sont de droit étroit. Dira-t-on alors que nul ne doit être présumé avoir voulu sciemment contrevenir à la loi ? Mais cette présomption n'est formulée par aucun texte, et par suite elle ne peut pas non plus être admise. Sans doute, en droit criminel, l'intention délictueuse doit être prouvée en la personne de l'auteur de l'infraction, lorsque du moins celle-ci n'a pas le caractère d'une contravention ; mais pourquoi, si ce n'est que parce que cette intention constitue un élément de fait dont l'existence est nécessaire pour engager la responsabilité pénale du délinquant ? Or, tout au contraire, la nullité du mariage est ici la suite obligée de la violation de la loi, et la survie de certaines des conséquences de celui-ci n'est possible, en dépit de son annulation, que tout autant que les parties peuvent, en fait, se prévaloir de leur bonne foi : à elles donc de l'établir, conformément aux principes (2).

1903. Il faut et il suffit, pour que le mariage soit putatif, que la bonne foi ait existé au moment de la célébration (3) : il ne perd pas ce caractère à partir du moment où l'erreur dans laquelle les époux sont tombés a été par eux découverte,

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. I, § 1, n. 8 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 49, n. 8 ; Demolombe, *loc. cit.* ; Demante, *loc. cit.* ; Marcadé, I, art. 202-II, n. 695 ; Delvincourt, I, p. 75, note 4.

(2) Laurent, *loc. cit.* ; Planiol, *loc. cit.* ; Surville, *loc. cit.* ; Huc, II, n. 160 ; Beudant, I, n. 294 ; Fuzier-Herman, art. 201, n. 24 s. — Paris, 18 mai 1818, sous Cass., S., 21. 1. 157, D., *Rép.*, v° *Culte*, n. 115. — Trib. Seine, 20 mai 1879, *Le Droit*, 21 mai 1879. — Agen, 14 juin 1890, S., 93. 2. 4, D., 91. 2. 153.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 48, n. 6 ; Demolombe, III, n. 360 ; Demante, I, n. 283 *bis*, V et VI ; Duranton, II, n. 363 ; Duvergier sur Toullier, I, n. 656, note 1 ; Proudhon, II, p. 6 ; Marcadé, I, art. 202-II, n. 694 ; Valette, *Explic. somm.*, p. 115 ; Laurent, II, n. 505 ; Huc, II, n. 160 ; Planiol, I, n. 1098 ; Beudant, I, n. 293 ; Vazeille, I, n. 283 ; Fuzier-Herman, art. 201, n. 23.

de telle sorte que les effets que produit leur union, depuis lors jusqu'à la déclaration judiciaire de nullité, n'en sont pas moins maintenus, notamment sous le rapport de la légitimité des enfants qui en sont issus.

Ces propositions résultent, quoiqu'elles aient été contestées, tant du texte de l'art. 201 lui-même, qui exige seulement que le mariage ait été « contracté de bonne foi », que des principes qui gouvernent les contrats. Pour déterminer leur sort et leur caractère, il est de règle, comme il est naturel, de se placer à l'instant même de leur formation, sans se préoccuper des événements ultérieurs. La cessation de la bonne foi ne doit donc pas entraîner la cessation du bénéfice attaché au mariage putatif. Objectera-t-on que les parties auraient dû se séparer aussitôt après la révélation du vice qui s'opposait à la validité de leur union, et que, si leur commerce continue, la loi doit cesser de le couvrir de sa protection? Cette rigueur eût été doublement excessive, soit qu'elle eût atteint beaucoup plus des enfants innocents que les parents coupables, soit parce que l'affection réciproque des époux, la crainte du scandale ou l'espoir que la nullité de leur mariage se couvrirait ou passerait inaperçue, expliquent trop qu'ils soient portés à reculer devant les tristesses de la séparation. Et la force de cette considération est telle qu'elle en a imposé aux auteurs même (1) qui ne font durer les effets civils du mariage qu'autant que dure la bonne foi, puisqu'ils ont cru devoir distinguer entre les nullités susceptibles d'être repoussées par une fin de non-recevoir et les autres, auxquelles seules ils se décident à appliquer leur doctrine. Mais il est trop manifeste que, s'ils lui ont ainsi enlevé de sa sévérité, ils en ont augmenté l'arbitraire. La vérité est que la loi a cru devoir indistinctement, et sans rechercher à quel moment précis a cessé leur ignorance, étendre son indulgence envers les époux jusqu'à la déclaration judiciaire de nullité.

1904. Il n'est point nécessaire enfin que la bonne foi ait existé en la personne des deux époux : cette circonstance que

(1) Delvincourt, I, p. 75, note 4; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 319. — Cpr. Toullier, I, n. 656.

l'erreur de l'un n'a pas été partagée par l'autre n'influe pas sur le caractère putatif de leur union, mais seulement sur l'étendue des effets de celle-ci (1).

1905. Telle l'unique condition requise par les art. 201 et 202 : mais n'y en a-t-il pas d'autres? Et d'abord le mariage doit-il, pour être putatif, avoir été célébré avec toutes les formalités exigées par la loi? Cette question ne se serait certainement pas posée, si la solennité n'avait été une des conditions réclamées par l'ancienne théorie, et, malgré tout, elle n'aurait pas dû être soulevée sous l'empire du code civil. D'une part, le texte est aussi général que possible, lorsqu'il parle de mariage « déclaré nul ». Qu'on puisse ne l'entendre que du mariage annulable, et non pas du mariage inexistant, sans doute; mais il paraît impossible d'en limiter l'application, étant donnés ses termes et sa place, aux nullités pour vice de fond, et d'exclure de son domaine les nullités pour vice de forme. Et cette impossibilité apparaît comme bien plus grande encore au point de vue rationnel, car il serait au moins étrange que la loi fût plus indulgente aux époux, lorsque leur erreur porte sur un vice de fond, tel que la bigamie ou l'inceste, que lorsqu'elle est relative à l'inaccomplissement d'une formalité qui peut être encore moins leur fait que celui de l'officier de l'état civil. Et ne serait-il pas aussi bizarre que cet inaccomplissement, qui ne fait pas nécessairement obstacle, à la différence des autres empêchements, à la validité de l'union, interdît, quand elle est annulée, de lui donner tout au moins le caractère putatif (2)?

1906. Applicables à tout mariage annulable, nos dispositions le sont-elles encore même aux unions inexistantes? Cette seconde question est des plus controversées, et à vrai dire la difficulté est extrêmement délicate.

(1) Planiol, I, n. 1097; Surville, I, n. 183.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 48, n. 4; Demolombe, III, n. 354 et 355; Demante, I, n. 283 *bis*, I et II; Marcadé, I, art. 202-II, n. 693; Laurent, II, n. 503; Planiol, I, n. 1102 s.; — Civ. rej. (sur ce point), 30 juill. 1900, précité. — *Contra :* Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. I, § 1, n. 7; Toullier, I, n. 654, 655 et 657, et II, n. 879; Proudhon, II, p. 3 s.; Vazeille, I, n. 272 s. — Poitiers, 7 janv. 1845, S., 45. 2. 215, D., 45. 2. 195. — Cpr. Duranton, II, n. 348 s.

Mais, d'abord, nous ne croyons pas qu'on puisse la résoudre en tenant compte de la place qu'occupent au Code civil ces deux dispositions. De l'argument qui consiste à dire que la théorie du mariage putatif, faisant partie du chapitre des nullités, n'est applicable qu'à elles, puisqu'il est muet sur l'inexistence, que subsiste-t-il, après qu'on se rappelle combien la distribution des matières de notre titre a été peu méthodique? Ce même chapitre ne comprend-il pas notamment les règles relatives à la preuve du mariage? Et on pourrait ajouter aussi que, la théorie des mariages inexistants n'ayant été traitée nulle part, il n'est pas défendu d'étendre jusqu'à eux les règles écrites pour ceux qui sont nuls, toutes les fois du moins que leur nature propre n'a rien qui s'y oppose.

Nous écarterons de même, comme des moins probants, l'argument de texte qui repose sur les expressions « déclaré nul » de l'art. 201 : n'a-t-il pas eu cette bonne fortune d'être invoqué par chacune des opinions en présence? Tandis, en effet, que ces expressions ont paru aux uns ne pouvoir véritablement s'entendre que des mariages annulables, puisqu'on constate simplement l'inexistence de ceux qui sont non existants, sans les « déclarer nuls » à proprement parler, les autres ont pu prétendre au contraire, sans moindre apparence de raison, qu'elles semblaient avoir été choisies tout exprès pour embrasser à la fois les unions dont le juge constate l'inexistence ou, comme beaucoup l'appellent encore, la nullité, et les mariages dont il prononce l'annulation. Devant de telles contradictions, il faut quelque complaisance pour trouver un principe de solution dans des termes aussi équivoques.

D'autres cependant, dans le texte, paraissent plus démonstratifs, car il parle d'un « mariage... contracté de bonne foi ». Or il est des unions si informes, si dépourvues des éléments essentiels à l'existence du mariage, qu'on ne saurait les qualifier de mariages. Quand on les nomme ainsi, c'est bien moins pour établir une analogie entre elles et la véritable union légitime que pour constater aussitôt leur profonde dissemblance, et marquer par là que ces commerces n'ont tout au plus que les apparences du mariage. Lors donc que l'art. 201 détermine les conditions auxquelles une union peut

être revêtue du caractère putatif, il peut sembler que, par cela seul qu'il exige que cette union soit un « mariage », il écarte de son domaine d'application toutes celles qui ne le sont pas et dont on peut dire énergiquement, comme l'art. 146 le fait lui-même : « il n'y a pas mariage », car on ne leur en donne le titre que pour le leur dénier aussitôt. Et cette idée, ainsi exprimée une première fois pour exclure certains commerces, dont l'invalidité est par trop grande, du bienfait de la putativité, il semble bien qu'elle ressorte une seconde fois de notre disposition, lorsqu'elle requiert que le mariage ait été « contracté » de bonne foi. Il est telles hypothèses d'unions inexistantes où il paraît difficile de parler de contrat : ne serait-ce pas le cas, par exemple, lorsque leur inexistence procède de l'absence même du consentement d'une partie? Et même, lorsque l'art. 201 parle de « mariage contracté », ne semble-t-il pas qu'il entende se référer exclusivement à ceux qui ont été célébrés dans les formes légales, quoiqu'elles aient pu être inobservées sur certains points, sans songer à ces commerces qui ont pu prendre naissance devant un officier public autre qu'un officier de l'état civil, devant un simple particulier peut-être, ou même sans témoins, par un simple échange de volontés, et qui constituent plutôt des contrefaçons, des parodies ou des faux semblants de mariage que des mariages véritables?

1907. Mieux vaut cependant, sans attacher une portée trop grande à ces arguments de textes, qu'il ne serait peut-être pas défendu de taxer de subtilités, rechercher s'il n'existait pas, en raison, des motifs sérieux de traiter les mariages inexistants avec moins de faveur que les mariages nuls : là paraît être le vrai terrain de la discussion. Or, au premier abord, ces deux situations paraissent également dignes d'intérêt. L'étrangère appartenant, par exemple, à un pays dans lequel le mariage est valablement contracté devant un ministre du culte, et qui se marie en France dans les mêmes conditions, croyant faussement qu'elles suffisent, semble avoir tout autant de droits à l'indulgence de la loi que la Française qui épouse son oncle ou qui se passe du consentement de sa famille, dans la supposition qu'elle le peut. Mais, à la réflexion, on ne tarde

pas à entrevoir qu'il peut se présenter telles situations où on ose à peine se demander si d'autres erreurs, plus graves encore, pourraient être rachetées, pour le passé, par la bonne foi des parties. Celles qui, dans notre pays, seraient assez naïves pour s'imaginer qu'elles peuvent prendre légitimement le titre d'époux de leur autorité privée ou se l'assurer par une simple déclaration effectuée devant le premier venu, seraient-elles encore admises à se targuer de leur candeur pour faire reconnaître à leur commerce les effets civils? Non, répondrait-on unanimement, car la loi ne peut pas se prêter à de semblables simulacres. Mais pourquoi, si les parties ont entendu réellement faire un acte sérieux, puisqu'il n'est pas nécessaire, pour que le mariage soit putatif, que leur erreur soit excusable? Et à compter de quel moment devient-elle assez grossière pour être exclusive de la bonne foi et impuissante à lui faire produire ses effets? C'est donc que l'inexistence, s'il est permis de le dire, peut atteindre un tel degré qu'on ne puisse plus songer à attacher à un acte les moindres conséquences juridiques. C'est donc aussi que, lorsqu'on se croit autorisé, dans d'autres cas, à lui en conserver quelques-unes, on se laisse influencer, à son insu, par des considérations de fait qui doivent rester étrangères au débat, et qu'on ne veut songer qu'aux situations les plus favorables, pour ne pas régler toutes les autres.

Encore la cause d'inexistence qui procède du défaut absolu de solennité est-elle celle qui peut être le mieux rapprochée des causes de nullité, quant à l'application de la théorie du mariage putatif. Mais que dire des autres, et notamment de la similitude de sexe des prétendus conjoints ou de l'absence complète du consentement de l'un d'eux? Oserait-on, au nom de leur bonne foi, accorder des effets civils, ne fût-ce que sous le rapport de leurs conventions matrimoniales, au commerce de deux êtres qui ne seraient pas de sexe différent? Et serait-il permis davantage de considérer comme époux, fût-ce pour le passé, des personnes dont l'une au moins n'a jamais entendu accepter ce titre, sous ce prétexte que l'autre a, quant à elle, effectivement voulu le lui donner? Qu'on considère comme légitimement mariés jus-

qu'au jour de l'annulation des époux dont l'union était seulement nulle, la chose est possible, parce que, dans tous les cas, et même lorsque la nullité résulte d'un vice de leur consentement, ils ont réellement entendu s'unir. Elle ne l'est plus, lorsqu'il en est un au moins dont l'intention était contraire, ou dont la volonté était nulle par suite de l'altération de ses facultés. Toute la bonne foi de son conjoint ne suffit pas à faire, en définitive, que ce qui n'a pas été soit, et qu'il y ait eu mariage là où il n'y avait même pas concours de consentements.

Au fond, il existe donc des différences rationnelles susceptibles d'expliquer que les mariages inexistants ne soient pas traités, sous le rapport de notre théorie, aussi favorablement que ceux qui sont seulement atteints de nullité. Si elles n'apparaissent pas dans toutes les hypothèses avec la même évidence, elles s'imposent assez dans certaines pour qu'il soit impossible de les négliger, dans l'application des art. 201 et 202. Or, dans le silence de la loi, il ne saurait être permis de distinguer entre les unes et les autres, et force est finalement de priver les parties, dans toutes indistinctement, du bénéfice de cette application.

1908. A ces différences rationnelles correspondent, en outre, des différences juridiques, dont on ne peut pas faire davantage abstraction. Si l'on conçoit qu'on fasse produire des effets civils à un mariage nul, lequel a tout au moins une existence provisoire, qu'il peut indéfiniment prolonger et prolonger même assez pour qu'elle devienne, par une confirmation, tout à fait définitive, on ne comprendrait pas qu'on pût en reconnaître à un mariage inexistant, destitué de toute valeur légale, quoi qu'on puisse faire, et qui n'est et ne peut être rien de plus que le néant. Mériterait-il ce titre, si certaines conséquences juridiques pouvaient y être attachées ? Inutilement oppose-t-on qu'elles dériveraient alors, non pas du néant, mais de cette chose très positive qui est la bonne foi des époux. A notre sens, cette objection se réduit à un jeu de mots et procède d'une analyse inexacte. Par elle-même, cette bonne foi serait impuissante à rien produire : si elle engendre en droit certaines conséquences, en notre matière

comme en toute autre, c'est à la condition de s'appuyer sur un acte, sur un fait, qui lui sert de substratum, et qu'à son tour, par un échange de services, elle consolide ou féconde, de telle sorte que l'acte et elle se soutiennent réciproquement. Or, si la simple annulabilité du mariage ne détruit pas la base sur laquelle la bonne foi peut avoir la force d'asseoir certains effets de l'union légitime, où donc est ce fondement, lorsqu'il s'agit d'un mariage inexistant? Elle reste alors sans support, et partant doit demeurer sans résultat.

Mais, a-t-on dit, est-ce que le mariage nul, une fois déclaré tel par le juge, n'équivaut pas lui-même au néant, puisqu'il est réputé n'avoir jamais existé? Et pourquoi la loi, qui lui fait malgré tout produire des effets civils, n'en accorderait-elle pas également au mariage inexistant? — Quoique spécieuse, cette observation n'est nullement péremptoire. La différence apparaît, quoi qu'on dise, considérable entre les deux situations. Précisément parce que l'union annulable est douée tout au moins d'une existence provisoire, à laquelle doit mettre fin une décision judiciaire, on comprend très bien qu'on puisse retenir et maintenir certaines de ses conséquences, au moment même où elle est annulée : l'œuvre de destruction s'arrête alors ou se modère à l'instant où elle est entreprise, et, du mariage qui va être annulé, on sauve tout ce qu'on peut sauver sans énerver la loi. Mais cette existence précaire, l'union inexistante — son nom le dit — ne la possède même pas : il serait donc contradictoire de la considérer comme existante dans le passé, au moment précis où on constate qu'elle n'est pas, et d'essayer de sauvegarder, au nom d'une bonne foi suspendue dans le vide, certains des effets d'un acte qui n'a jamais, même à titre provisoire, été susceptible d'en produire aucun.

1909. Notre conclusion est donc qu'un mariage inexistant ne saurait être putatif (1). Les motifs juridiques qui viennent

(1) Aubry et Rau, V, § 460, p. 46, n. 1; Laurent, II, n. 515; Zachariæ, III, § 460, p. 241, n. 1-3; Fuzier-Herman, art. 201, n. 2 s. — Lyon, 28 mai 1869, S., 70. 2. 14, D., 70. 2. 71. — *Contra :* Marcadé, I, art. 202-I et II, n. 691 s.; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 125, p. 199, n. 1; Huc, II, n. 161 et 162; Beudant, I, n. 295. — Civ. rej. (sur ce point), 30 juill. 1900, précité, S., 1902. 1. 125, D., 1901. 1. 317, J.

d'être exposés repoussent toutes les distinctions qu'on pourrait faire entre les diverses causes d'inexistence. Peu importe, par conséquent, qu'elle résulte du défaut de célébration devant un officier de l'état civil (1), ou de ce que celui-ci n'a pas prononcé la formule solennelle (2), ou de ce que l'un des époux était mort civilement (3), car l'union est également inexistante dans toutes ces hypothèses. Vainement allèguerait-on, pour appliquer la théorie du mariage putatif aux deux dernières, que la distinction des actes nuls et des actes non existants n'a été qu'à peine entrevue par les rédacteurs du Code, et que dès lors il n'y a pas lieu, ici plus qu'ailleurs, de la « développer rigoureusement avec toutes ses conséquences ». Car, le principe de cette distinction une fois admis, et il l'est par les auteurs de l'objection, il est impossible d'en limiter l'application à telles ou telles espèces sans tomber dans le pur arbitraire, et de ne pas l'accepter dans tous ses développements logiques, en l'absence de toute indication qui permette de croire que le législateur les a répudiés. Que l'erreur des époux ait pu être en fait, comme on le dit, absolument pardonnable, cela n'empêche pas en droit que leur bonne foi ne puisse point être prise en considération, si le néant même de leur union s'y oppose. C'est pour n'être pas ainsi restés fermement attachés à leur principe de solution qu'il

Clunet, 1900, p. 969, *Rev. cit.*, 1902, p. 593. — Cpr. Demolombe, III, n. 354; Planiol, I, n. 1106 s.; Surville, I, n. 183; Wahl, note S., 1902. 1. 125.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 46 et 47, n. 2; Demolombe, III, n. 354; Planiol, I, n. 1107; Surville, I, n. 183; Fuzier Herman, art. 165, n. 35 s.; art. 201, n. 3. — Bruxelles, 23 avril 1812, S. chr., IV. 2. 95, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 589. — Bourges, 17 mars 1830, S., 30. 2. 174, D., 30. 2. 215. — *Contra :* Marcadé, *loc. cit.* — Paris, 18 déc. 1837, S., 38. 2. 113, D., 38. 2. 177. — Alger, 26 mai 1879, S., 79. 2. 281, note de M. Labbé, D., 80. 2. 161 et note. — Bordeaux, 5 fév. 1883, S., 83. 2. 137. — Cpr. Req. rej., 11 août 1841, S., 41. 1. 616, rapp. de M. Madier de Montjau, D., 41. 1. 330.

(2) Cf. note précédente. — *Contra :* Demolombe, III, n. 356.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Empêchement*, § 5; *Quest.*, v° *Légitimité*, § 5; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 47, n. 3; Fuzier-Herman, art. 201, n. 4 s. — *Contra :* Demolombe, III, n. 356; Toullier, I, n. 284; Duranton, I, n. 257 s., et II, n. 134; Marcadé, *loc. cit.*; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 350; Vazeille, I, n. 277 s.; Magnin, *Des minorités*, I, n. 29; Fœlix, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1845, II, p. 486, n. 12, et p. 490, n. 17. — Civ. cass., 15 janv. 1816, S., 16. 1. 81, D., *Rép.*, v° *Droit civil*, n. 705. — Req. rej., 16 juin 1829, S., 29. 1. 211, D., 29. 1. 272. — Limoges, 5 janv. 1842, S., 42. 2. 484. — Req. rej., 9 nov. 1846, S., 47. 1. 55, D., 46. 1. 337.

est arrivé à certains commentateurs, comme M. Demolombe, d'admettre que le mariage contracté par un mort civilement, ou devant un officier de l'état civil qui n'a pas déclaré les époux unis au nom de la loi, pouvait être putatif, à la différence de celui qui n'aurait été célébré que devant un greffier de mairie, tandis que d'autres, comme Marcadé, après avoir accordé ce bénéfice même à celui-ci, le refusaient, sans motif plausible, à l'union contractée devant un prêtre. Toutes ces distinctions seraient évidemment dénuées de fondement, même s'il était vrai, ce qui n'est pas à nos yeux, qu'il ne faut tenir compte que de la bonne foi des conjoints ou de leur excusabilité pour venir au secours de leur infortune.

1910. Justement parce que la théorie du mariage putatif s'analyse dans le maintien de certains de ses effets, au moment même où ils devraient être anéantis par son annulation, il semble bien qu'il doive être déclaré tel par le jugement qui la prononce (1). Il ne dépendrait plus du juge de revenir ensuite, à la demande des parties, sur sa décision, pour donner à leur union une partie de la vie qu'elle lui a antérieurement et complètement retirée ; car, s'il lui est loisible d'en reconnaître pour le passé la légitimité, au moment où il la dépouille pour l'avenir de ce caractère, il ne lui est pas permis de le lui restituer après qu'il le lui a totalement dénié : ce serait de sa part ressusciter un acte qu'il avait fait rentrer dans le néant.

Mais, si cette déduction ne paraît pas avoir été méconnue, en ce qui concerne les parties elles-mêmes, la jurisprudence l'a tout à fait négligée, en ce qui concerne d'autres intéressés, et notamment les enfants. Et on s'explique en effet qu'elle soit tentée de les admettre à réclamer après coup un bénéfice qu'ils n'ont pu, le plus souvent, obtenir en intervenant à l'instant opportun. Cette jurisprudence ne nous en paraît pas moins se heurter à l'une ou l'autre de ces deux objections. Ou bien les époux eux-mêmes pourraient, peut-être longtemps après l'annulation, invoquer le même bénéfice : et on se demande alors jusqu'à quelle époque et vis-à-vis de quelles

(1) Huc, II, n. 169. — *Contra :* Aix, 11 mai 1858, S., 59. 2. 17, D., 71. 5. 260. — Agen, 14 juin 1890, S., 93. 2. 4, D., 91. 2. 153, note de M. de Loynes. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 201, n. 27.

personnes il leur serait loisible de remettre ainsi en question pour le passé leur propre état, et au juge de modifier sa décision. Ou bien cette faculté ne leur appartient que jusqu'au moment où cette décision intervient en dernier ressort, et alors, une fois que celle-ci est rendue, elle a la force de chose jugée même à l'égard des tiers, et notamment des enfants : déclaré nul sans aucune réserve, le mariage ne saurait produire d'effets, même partiels, dans l'intérêt de personne.

1911. C'est pourquoi il doit être permis aux parties, en même temps qu'elles concluent principalement à la validité de leur mariage, de demander subsidiairement qu'en cas d'annulation il soit tout au moins déclaré putatif. — Ces conclusions subsidiaires sont-elles, même, implicitement contenues *ipso facto*, comme on l'a prétendu (1), dans celles par lesquelles les époux réclament l'absolu maintien de leur union, de telle sorte que le juge qui y ferait droit sans qu'elles aient été expressément formulées ne devrait pas être réputé avoir statué *ultra petita?* Cette proposition est plus douteuse, car, d'une part, cette déclaration supposant l'existence de conditions particulières, il semble que les époux doivent spécialement conclure à ce que le juge en constate l'accomplissement pour en consacrer le résultat. Et, d'autre part, il ne paraît pas exact de dire qu'en demandant qu'on reconnaisse la parfaite validité de leur union, ils demandent par là même qu'on en prononce tout au moins, à défaut de celle-ci, la validité partielle, puisque justement cette dernière, si on peut appeler ainsi les effets de la putativité, est exclusive de l'autre et suppose que, contrairement à leurs dires, cette union est nulle.

2. *Des effets du mariage putatif.*

1912. La formule qui détermine dans l'art. 201 les effets généraux du mariage putatif est d'une inexactitude manifeste. S'il est vrai, comme le dit cette disposition, qu'il produise « les effets civils », du moins ne les produit-il, contrairement à ce qu'elle pourrait laisser entendre, que jusqu'au jour de la

(1) Huc, *loc. cit.*

déclaration judiciaire de nullité : sans quoi, et cette observation explique la généralité de ces termes, qui se rectifie d'elle-même, l'annulation resterait sans résultat. Dépourvu d'effets nouveaux pour l'avenir, le mariage ne conserve que ceux qui s'étaient déjà réalisés dans le passé ; mais, dans cette mesure, il les conserve pleinement, et ils se perpétuent, en dépit de l'annulation, lorsque leur nature l'exige. Au fond, cette annulation équivaut à une dissolution survenue à l'époque où elle-même intervient, de telle sorte que le mariage doit être jusque-là, en principe, considéré comme valable (1). Toutefois, comme il ne doit être réputé tel qu'à raison de la bonne foi des époux, il va de soi qu'on rentre dans la vérité à l'égard de celui des deux qui a sciemment contracté une union annulable, et qu'il ne saurait, quant à lui, se prévaloir de ce bénéfice. Tels sont les deux principes dont il faut étudier la combinaison, au regard des enfants des conjoints, des époux eux-mêmes et des tiers.

1913. 1° *Effets du mariage putatif à l'égard des enfants.* — Et d'abord les enfants nés pendant le mariage ou conçus tout au moins avant son annulation — qu'ils l'aient été avant ou après que les époux ont reconnu l'erreur qu'ils ont commise (2) — doivent être réputés légitimes, à l'égard des deux époux et de leurs parents, lors même qu'un seul d'entre eux se serait trouvé de bonne foi (3). D'une part, ainsi que le disait Portalis (4), on ne doit point scinder leur état, lorsque rien n'oblige à porter atteinte à son indivisibilité naturelle. D'autre part, et surtout, sa division en l'espèce n'aurait abouti qu'à leur refuser, à raison d'une faute qui leur est étrangère, dans leurs rapports avec l'époux de mauvaise foi, les droits qu'on leur reconnaît envers l'autre.

(1) Cpr. Demolombe, III, n. 361 ; Demante, I, n. 283 *bis*, VIII ; Laurent, II, n. 507 ; Huc, II, n. 163 et 165 ; Planiol, I, n. 1110 ; Beudant, I, n. 290 ; Fuzier-Herman, art. 201, n. 31.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 50, n. 11 ; Fuzier-Herman, art. 202, n. 14. — *Contra :* Toullier, I, n. 656 ; Delvincourt, I, p. 75, note 4 ; Taulier, I, p. 321 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 349. — Cf. *supra*, p. 495, note 3.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 49 ; Demolombe, III, n. 362 ; Duranton, II, n. 363 s. ; Laurent, II, n. 508 ; Huc, II, n. 167 ; Planiol, I, n. 1108 et 1112 ; Surville, I, n. 184 ; Beudant, I, n. 291.

(4) *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 518, n. 56.

Les enfants issus du mariage putatif peuvent donc se prévaloir de leur légitimité pour exercer tous les droits qu'elle confère, tant sous le rapport du nom qu'ils sont autorisés à porter que sous celui de la faculté de réclamer des aliments ou de la vocation héréditaire. Spécialement, ils ont qualité pour succéder aussi bien aux parents de leur auteur de mauvaise foi qu'à cet auteur lui-même (1). Mais, tandis que celui-ci, par une exception au principe de la réciprocité que justifie sa faute, n'a pas lui-même le droit de leur succéder, cette vocation appartient, au contraire, à ses parents, car leur titre est identique à celui des enfants, et il n'y a aucun motif qui permette de les dépouiller personnellement du bénéfice qui s'y attache.

1914. En ce qui concerne les enfants naturels nés des œuvres des époux avant leur union, le mariage putatif doit pareillement avoir la force d'en opérer la légitimation (2). Il a effectivement, pour le passé, tous les effets civils d'un mariage valable; or il ne les produirait qu'incomplètement si la légitimation, qui compte au nombre des plus importants, ne pouvait en résulter. Tel est l'argument péremptoire contre lequel viennent se briser tous les efforts de l'opinion adverse. Vainement se prévaut-elle des termes restrictifs de l'art. 202, qui ne lui fait produire ces effets qu'en faveur « des enfants issus du mariage ». L'objet de cette disposition était unique-

(1) Portalis, *Exp. des mot.;* Locré, *Lég.*, IV, p. 518, n. 56; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 49, n. 10; Demolombe, III, n. 362 et 372; Toullier, I, n. 664 et 666; Duranton, n. 259, et II, n. 364 et 365; Delvincourt, I, p. 75, note 4; Marcadé, I, art. 25-VII s., n. 180 s., et art. 202-IV, n. 702; Demante, I, n. 283 *bis*, IX; Laurent, II, n. 508; Huc, II, n. 167; Planiol, I, n. 1113; Beudant, I, n. 291; Vazeille, I, n. 276; Fuzier-Herman, art. 201, n. 36; art. 202, n. 12 s. — Civ. cass., 15 janv. 1816, S., 16. 1. 81, D., *Rép.*, v° *Droit civil*, n. 705. — Rouen, 7 déc. 1820, S. chr., VI, 2. 331, D., *Rép.*, *loc. cit.*

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 50, n. 12; Demolombe, III, n. 366; Duranton, II, n. 356; Valette sur Proudhon, II, p. 171; Duvergier sur Toullier, I, n. 657, note *a;* Marcadé, I, art. 202-III, n. 697; Delvincourt, I, p. 75, note 4; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 476; Laurent, II, n. 509; Huc, II, n. 167; Surville, I, n. 184; Beudant, I, n. 291; Allemand, I, n. 635 s.; Loiseau, *Des enfants naturels*, p. 321; Fuzier-Herman, art. 201, n. 37. — *Contra :* Merlin, *Rép.*, v° *Légitimation*, sect. II, § 2, n. 4; Demante, I, n. 283 *bis*, VII, et II, n. 57 *bis*, III; Proudhon, II, p. 170; Toullier, I, n. 657; Planiol, I, n. 1109; Richefort, II, n. 197; Vazeille, I, n. 275.

ment de priver l'époux de mauvaise foi du droit de les invoquer, et non de le retirer à certaines catégories d'enfants : à cet égard, le principe était déjà posé par l'art. 201, qui, statuant en termes très généraux, les y fait tous indistinctement participer. Plus inutilement encore prétend-elle que le mariage putatif doit d'autant moins avoir ce résultat qu'il ne peut pas y avoir de bonne foi à entretenir un commerce contraire à la morale. Pour être empruntée à Pothier (1), cette objection n'est guère plus probante, car la bonne foi requise lors de la célébration du mariage consiste simplement dans l'ignorance des empêchements qui s'opposaient à sa validité, et ce jurisconsulte s'est chargé lui-même de répondre que « le vice d'une fornication peut se purger par un mariage que l'homme et la femme qui l'ont commise, contractent depuis ensemble ». Si l'irrégularité des rapports qu'ils ont entretenus avant de se marier ne fait pas obstacle à la légitimation des enfants qui en sont issus, lorsque leur union est valable, elle ne l'empêche pas davantage lorsqu'elle est nulle, mais putative, puisque cette dernière a, pour le passé, toute la valeur de l'autre. Au surplus, leur assimilation sous ce rapport s'imposait d'autant mieux que la légitimation peut avoir été l'un des principaux objets que les parties ont eus en vue en s'unissant. On chercherait vainement pourquoi ce serait précisément le seul qu'il leur fût interdit d'atteindre, en dépit de leur bonne foi.

1915. Mais, si à cet égard le mariage putatif produit tous les effets d'un mariage valable, il n'en saurait évidemment produire de plus étendus. Et c'est ce qu'il ferait certainement, s'il avait la force de légitimer même des enfants adultérins ou incestueux nés des œuvres des conjoints avant la célébration, contrairement à la prohibition de l'art. 331. Il faut donc la lui refuser. Toute leur bonne foi ne peut pas faire que la filiation de ces enfants n'ait un caractère qui en interdit la reconnaissance, condition préalable de la légitimation (art. 335), sans distinction entre les cas où la nature

(1) *Op. cit.*, n. 416 et 441. — Cf. aussi *Tr. des succ.*, ch. I, sect. 2, art. III, § 5, quest. 2; *Nouveau Denisart*, III, v° *Bonne foi des contractants*, § 2, n. 3.

criminelle de leurs relations a été connue et celui où elle est restée ignorée des parents (1).

1916. 2° *Effets du mariage putatif à l'égard des époux.* — Il y a lieu, pour les déterminer, de distinguer suivant que la bonne foi existe des deux côtés ou d'un seul.

Première hypothèse. — Lorsque les époux ont été tous deux de bonne foi, le mariage produit dans le passé tous ses effets civils à l'égard de l'un et de l'autre, c'est-à-dire tous ceux et seulement ceux qu'il aurait eus si, valablement formé, il s'était dissous le jour même où intervient son annulation (2).

1917. Cette proposition, bien appliquée, conduit aux conséquences suivantes :

1° La femme étrangère doit être considérée comme ayant acquis la nationalité française, si, au moment du mariage, le mari était Français (3).

1917 *bis*. 2° L'époux mineur, qui avait été émancipé par le mariage, conserve le bénéfice de cette émancipation, car sa dissolution par un autre mode ne le lui ferait pas perdre, et il lui reste d'ailleurs utile pour gérer les intérêts de la famille issue de l'union annulée (4).

1918. 3° Les époux ont, tant sur la personne que sur les biens de leurs enfants, notamment sous le rapport de la puissance paternelle ou de la vocation héréditaire, absolument tous les droits que confère la paternité ou la maternité légitime, et ils en jouissent après comme avant l'annulation de leur mariage, ces droits étant de nature à lui survivre comme le titre auquel ils sont attachés (5).

1919. 4° Les conventions matrimoniales des époux doivent recevoir leur pleine et entière exécution, sur le pied de l'état de choses existant lors de la déclaration judiciaire de nullité,

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 51, n. 13; Demolombe, III, n. 364 et 365; Demante, I, n. 283 *bis*, VII; Duranton, II, n. 351 et 355; Marcadé, *loc. cit.*; Delvincourt, *loc. cit.*; Laurent, II, n. 509; Surville, I, n. 184; Fuzier-Herman, art. 201, n. 38. — *Contra :* Beudant, I, n. 291. — Cpr. Planiol, I, n. 1109.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 51; Demolombe, III, n. 367.

(3) Alger, 13 février 1903, *J. Clunet*, 1904, p. 920. — Cf. tome I, n. 426.

(4) Aubry et Rau, I, § 129, p. 541; Planiol, I, n. 1108 et 1110; Beudant, I, n. 291.

(5) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 52; Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, II, n. 510; Huc, II, n. 166.

notamment au point de vue de la liquidation de la communauté, s'il en existait une. Cette déclaration équivaut, en effet, à la dissolution du mariage et ne doit produire ses effets qu'à compter du jour où elle intervient, quant aux rapports pécuniaires des conjoints, comme relativement à leurs rapports personnels. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer à la situation la disposition toute spéciale de l'art. 1445, qui fait remonter les effets du jugement de séparation de biens au jour de la demande (1).

Il suit de là que chaque époux conserve les divers avantages qui résultent pour lui de son contrat de mariage, sauf à ne les exercer que sous les conditions auxquelles était subordonné le droit de s'en prévaloir, à la mort de son conjoint, par exemple, s'il s'agissait d'une institution contractuelle ou d'un gain de survie (2).

1920. 5° L'époux survivant peut réclamer, sur la succession de son conjoint, décédé avant l'annulation du mariage, les droits que lui accorde l'art. 767, et conserver, en dépit de cette annulation, le bénéfice de sa vocation héréditaire. Cette solution se justifie par le titre d'époux qu'il possédait lors de l'ouverture de cette succession et que le jugement ne lui enlève qu'à compter du jour où il est prononcé (3).

Une situation assez singulière pourrait donc se présenter si un bigame, dont la seconde femme est de bonne foi, venait à mourir avant que son union fût annulée, et que les deux épouses vinssent réclamer concurremment sur sa succession les droits que leur confère l'art. 767. Il semble qu'ayant toutes deux, ni plus ni moins, les mêmes droits, il y aurait lieu de faire pour elles ce qu'on fait en cas de concours d'héritiers de même qualité, c'est à-dire de leur partager l'émolument du bénéfice qu'elles invoquent. On pourrait objecter, il est vrai, qu'on porte ainsi atteinte au droit du conjoint dont le

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 51, n. 14; Demolombe, III, n. 367 et 368; Toullier, I, n. 661; Duranton, II, n. 368; Marcadé, I, art. 202-IV, n. 699; Huc, II, n. 166; Beudant, I, n. 291.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 51 et 52, n. 15; Demolombe, III, n. 367 et 369; Toullier, I, n. 661; Duranton, II, n. 367; Proudhon, II, p. 4; Marcadé, *loc. cit.*; Laurent, II, n. 510; Huc, II, n. 166; Vazeille, I, n. 284.

(3) Demante, I, n. 283 *bis*, VIII; Huc, *loc. cit.*; Planiol, I, n. 1110 *bis*.

titre a été méconnu. Mais ne serait-on pas autorisé à répondre que ce droit, en définitive, ne lui était nullement acquis, et qu'en fait, au jour où il s'est ouvert, il est né diminué par le droit tout pareil de l'époux de bonne foi (1)?

1921. 6° Au contraire, la femme ne peut pas se prévaloir de sa bonne foi pour continuer à porter, conformément à l'usage, le nom de son mari. Il ne se peut point, contrairement à ce qu'on a prétendu, que cet effet du mariage, si c'en est un, survive à son annulation, alors qu'il aurait pour résultat de le faire justement considérer par le public comme encore existant, et peut-être de faire porter le nom du même homme par deux femmes à la fois. Si le mariage putatif produit les effets d'un mariage valable, dissous au jour de la prononciation du jugement, c'est à la dissolution par le divorce, et non par la mort, que doit être assimilée, sous ce rapport, celle qui résulte de l'annulation (2). Or, aux termes de l'alinéa qui a été ajouté à l'art. 299 par la loi du 6 février 1893 (art. 2), « par l'effet du divorce chacun des époux reprend l'usage de son nom ».

1922. 7° De même le droit réciproque de successibilité cesse d'exister, entre époux, à partir de la déclaration judiciaire de nullité (3). La raison péremptoire en est que la dissolution du mariage qu'elle consomme anéantit le titre d'époux à l'existence duquel est subordonnée l'ouverture de ce droit. Le conjoint survivant ne saurait donc pas plus s'en prévaloir que le conjoint divorcé, qui le perd même alors que le divorce a été prononcé en sa faveur. Dira-t-on, comme M. Laurent, que ce droit est cependant un effet civil du mariage, et qu'on ne voit pas pourquoi, après l'annulation, il ne serait pas maintenu entre époux aussi bien qu'au profit des enfants? Mais le mariage, même putatif, n'engendre pas

(1) Demolombe, III, n. 378; Marcadé, I, art. 202-III, n. 698; Planiol, *loc. cit.*— *Contra :* Demante, *loc. cit.*

(2) *Contra :* Beudant, I, n. 291.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 52, n. 17; Demolombe, III, n. 370; Demante, *loc. cit.*; Duranton, II, n. 369; Delvincourt, II, p. 24, note 9; Marcadé, I, art. 202-III, n. 698; Huc, II, n. 164 et 166; Planiol, I, n. 1110 *bis;* Vazeille, I, n. 284; Chabot, *Des successions*, II, art. 767, n. 5; Fuzier-Herman, art. 201, n. 34. — *Contra :* Laurent, II, n. 511; Beudant, I, n. 291.

d'effets nouveaux après qu'il est annulé : il ne conserve que ceux qu'il a déjà produits, et il les conserve du reste avec le caractère de perpétuité qui leur appartient. C'est ce qui explique que le droit héréditaire des enfants survive au jugement qui prononce la nullité comme leur qualité d'enfants légitimes, tandis que les époux perdent le leur, comme ils perdent leur titre même d'époux.

1923. 8° Enfin les devoirs de fidélité, de secours, d'assistance, de protection et d'obéissance, cessent également à compter de l'annulation du mariage qui les a fait naître (1). Partant, l'obligation alimentaire cesse de ce jour entre époux (2), sans distinguer entre celle que l'art. 212 établit à leur charge, durant leur vie, et celle que le nouvel art. 205 crée, en faveur du survivant, à l'encontre de la succession du prédécédé. Cette obligation doit s'évanouir, en effet, avec le titre dont elle dérivait. Il est vrai que l'art. 301 concède au conjoint qui a obtenu le divorce le droit de se faire servir par l'autre une pension, lorsqu'il est dans le besoin. Mais cette disposition toute spéciale, et exorbitante du droit commun, s'explique par le désir de maintenir l'une au moins des obligations du mariage à la charge de celui qui en a méconnu les autres devoirs, et elle peut d'autant moins être étendue à la situation qui nous occupe, que les époux sont ici supposés avoir été tous deux de bonne foi. On ne saurait donc alors considérer la pension comme un moyen de réparation du tort causé à celui qui la recevrait par la dissolution inattendue du mariage, puisque la faute lui serait commune.

1924. Seconde hypothèse. — Lorsqu'un seul des époux est de bonne foi, le mariage ne produit d'effets qu'en sa faveur. Quant à l'autre, s'ils peuvent lui être opposés aussi bien par son conjoint que par ses enfants, il ne peut pas réciproquement les invoquer contre eux (3).

(1) Laurent, II, n. 510.

(2) Huc, II, n. 164; Planiol, I, n. 1111; Fuzier-Herman, art. 201, n. 32. — Alger, 26 mai 1879, S., 79. 2. 281, note de M. Labbé, D., 80. 2. 161, et note. — *Contra* : Laurent, *loc. cit.*; Beudant, I, n. 291. — Rouen, 9 avril 1887, S., 87. 2. 235. — Paris, 16 janv. 1895, D., 95. 2. 518. — Cpr. Josserand, *Rev. trim. de dr. civil*, 1906, p. 391.

(3) Planiol, I, n. 1112; Surville, I, n. 184.

De cette règle se déduisent les conséquences suivantes :

1° L'époux de bonne foi jouit seul, tant sur la personne que sur les biens des enfants issus du mariage ou légitimés par lui, des droits que confère la paternité ou la maternité légitime. Il se peut donc que la puissance paternelle appartienne, avec tous ses attributs, à la mère du vivant du père, contrairement aux art. 373 et 384 (1), de même que le droit de successibilité entre ascendants et descendants cesse, contrairement à sa nature, d'être réciproque en ce qui concerne l'auteur de mauvaise foi, dont l'exclusion est d'ailleurs purement personnelle (2).

1925. 2° L'époux de bonne foi a seul le droit d'exiger l'exécution des conventions matrimoniales, dont la force obligatoire est un effet civil du mariage. Mais c'est pour lui une simple faculté : il peut donc, s'il y trouve son avantage, faire abstraction de ces conventions, dont son conjoint n'est pas admis à se prévaloir, et demander que ses droits soient liquidés conformément au droit commun des sociétés de fait. Il va de soi du reste que, lorsqu'il réclame l'exécution de son contrat de mariage, exprès ou tacite, il doit l'accepter dans son ensemble et ne peut pas s'en tenir aux clauses ou aux règles qui lui sont favorables, pour repousser l'application des autres, et priver, par exemple, son conjoint de sa part dans les acquêts ou des avantages qui lui ont été garantis dans le partage de la communauté, tout en prétendant lui-même exercer son préciput. Rien ne l'autorise en effet à diviser son option (3).

1926. Il suit de là que la femme commune en biens conserve, même lorsqu'elle est de mauvaise foi, la faculté de

(1) Planiol, I, n. 1115.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 53, n. 23 ; Demolombe, III, n. 372 ; Duranton, II, n. 366 ; Marcadé, I, art. 202-IV, n. 702 ; Laurent, II, n. 512 ; Huc, II, n. 166 ; Planiol, I, n. 1113 ; Beudant, I, n. 291 et 296 ; Vazeille, I, n. 282 ; Fuzier-Herman, art. 202, n. 3. — Cf. *supra*, n. 1913.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 52, n. 18 ; Demolombe, III, n. 373 et 375 ; Demante, I, n. 283 *bis*, X ; Toullier, I, n. 663 ; Duranton, II, n. 371 et 372 ; Laurent, II, n. 513 ; Huc, *loc. cit.* ; Bellot des Minières, *Du contr. de mar.*, II, p. 60 s. ; Fuzier-Herman, art. 202, n. 4.

renoncer à la communauté, si son mari se prévaut de ses conventions matrimoniales (1).

Mais cette faculté lui appartient-elle encore quand les rapports pécuniaires des époux se liquident d'après les règles de la société de fait? Cette question, qui ne présente d'intérêt que lorsque la femme n'est pas de bonne foi, sans quoi elle se prononcerait naturellement pour le maintien d'un régime où elle puiserait ce droit, est généralement résolue par l'affirmative (2). On observe en ce sens que cette possibilité de renonciation est pour la femme « une conséquence des pouvoirs exclusifs et pour ainsi dire illimités que le mari aura de fait exercés, en sa qualité de chef de la communauté ». Ce motif est, toutefois, peut-être insuffisant pour accorder à la femme un droit aussi exorbitant, qu'elle ne peut trouver que dans son régime matrimonial. L'existence d'une simple société de fait entre elle et son mari semble aussi impuissante à le lui assurer, qu'elle l'est certainement dans les rapports de deux personnes étrangères l'une à l'autre, quelque exclusive ou prépondérante qu'ait pu être la part prise par l'une d'elles dans l'administration de la masse commune (3).

1927. 3° L'époux de bonne foi conserve seul le bénéfice des donations qu'il a reçues de son conjoint par contrat de mariage, sans que l'autre ait le droit corrélatif de demander le maintien de celles qui lui ont été faites, même dans le cas où ces libéralités auraient été stipulées réciproques (4). On ne saurait invoquer contre cette solution le principe de l'indivisibilité des conventions matrimoniales, car ces donations ne participent pas du caractère commutatif de celles-ci. Et, d'autre part, leur réciprocité n'empêche pas que l'existence des premières ne soit indépendante de l'existence des secon-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 52; Demolombe, III, n. 374; Duranton, II, n. 371; Fuzier-Herman, art. 202, n. 6.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 52, n. 19; Demolombe, III, n. 374; Duranton, II, n. 371.

(3) Laurent, II, n. 513.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 53, n. 20; Demolombe, III, n. 376; Demante, I, n. 283 *bis*, X; Toullier, I, n. 662; Duranton, II, n. 370; Proudhon, II, p. 5; Marcadé, I, art. 202-IV, n. 699; Delvincourt, I, p. 75, note 4; Laurent, II, n. 513; Huc, II, n. 166; Planiol, I, n. 1114; Vazeille, I, n. 284; Fuzier-Herman, art. 202, n. 8.

des, puisqu'elles ne se servent pas respectivement de causes et procèdent uniquement de l'esprit de bienfaisance de leur auteur. Le maintien des unes ne fait donc point obstacle, pas plus qu'il ne s'y oppose dans le cas des art. 299 et 300, à l'anéantissement des autres : l'un et l'autre résultent finalement de ce que ces donations sont subordonnées à la condition *si nuptiæ sequantur,* laquelle n'est réputée accomplie qu'en faveur de l'époux de bonne foi.

1928. Ce motif même montre qu'il en serait autrement des donations que les conjoints se seraient faites pendant le mariage. Comme leur validité n'est pas un effet civil de celui-ci et ne dépend pas conséquemment de son sort, chaque époux pourrait s'en prévaloir. Mais ce droit serait généralement rendu illusoire par la faculté de révocation qui appartient au donateur (art. 1096). On ne saurait, en effet, la reconnaître exclusivement au conjoint de bonne foi, sous prétexte que la révocabilité de la donation est un effet du mariage, que lui seul peut invoquer. Serait-il juste de conférer le caractère irrévocable à la libéralité faite par l'époux de mauvaise foi, alors que, dans sa pensée et au moment où il la faisait, elle ne devait pas le posséder? Son maintien dépendait et doit continuer à dépendre uniquement de la persistance de celui-ci dans ses intentions généreuses, et non de la validité de son union. A vrai dire, le mariage putatif aurait plus d'effets qu'un mariage valable, si la donation faite au conjoint de bonne foi par l'autre, de révocable qu'elle était, devenait irrévocable par le fait même de l'annulation (1).

1929. 4° Au contraire, l'époux de bonne foi ne conserve vis-à-vis de son conjoint, à compter de la déclaration judiciaire de nullité, ni droit de successibilité (2), ni droit à une pension alimentaire (3). Le motif en est que cette déclaration anéantit, pour l'avenir, le titre qui donne seul ouverture à ces droits. Et il ne paraît pas permis d'étendre au jugement

(1) Demante, I, n. 283 *bis*, X; Planiol, *loc. cit.*

(2) Planiol, I, n. 1110 *bis*.

(3) *Contra :* Beudant, I, n. 291; Huc, II, n. 166; Labbé, *Note*, S., 79. 2. 281; Josserand, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1906, p. 391. — Cpr. Planiol, I, n. 1111. — Cf. *supra*, p. 512, note 2.

d'annulation la disposition tout exceptionnelle de l'art. 301, qui a fait survivre le droit aux aliments au divorce. Enfin, de ce que l'époux de bonne foi serait admis à demander, sous forme de dommages-intérêts, la réparation du préjudice que lui cause l'annulation, on ne saurait conclure qu'il pourrait obtenir une pension véritable, en invoquant une qualité qui ne lui appartient plus.

1930. Telles sont les règles générales qui gouvernent cette seconde hypothèse. Une difficulté particulière apparaît, quant à la liquidation des rapports pécuniaires des époux, lorsque la nullité du mariage procède du vice de bigamie et que le conjoint au mépris des droits duquel il a été contracté, réclame, en même temps que le nouveau, supposé de bonne foi, l'exécution de ses conventions matrimoniales.

Le principe de solution qu'il convient d'appliquer à cette difficulté doit être que les droits du conjoint légitime ne sauraient souffrir aucune atteinte de l'exercice de ses propres droits par le conjoint putatif. Ceux du premier doivent être, en effet, considérés comme acquis par rapport au second, puisqu'il les puise dans un contrat pleinement valable et partant opposable à tous, et qu'il n'y a aucune analogie entre eux et les droits purement légaux et éventuels qu'il possède au point de vue successoral. Nul ne saurait donc l'en dépouiller, si favorable que puisse être sa situation personnelle.

Il suit de là d'abord que, si les conjoints dont les titres et les droits sont antagoniques, se sont mariés tous deux sous le régime de communauté, ils ne sont pas admis à exercer ces droits concurremment, ainsi qu'on l'a prétendu. En effet, d'après certains interprètes, qui adoptent un système déjà soutenu dans l'ancienne jurisprudence (1), les deux communautés devraient être liquidées, non point comme deux communautés conjugales, mais comme deux sociétés ordinaires, en proportion de la durée de la cohabitation de chaque conjoint avec l'époux bigame, c'est-à-dire que les acquisitions faites durant l'une et l'autre seraient partagées respectivement, entre celui-ci et ses consorts, de même qu'elles le se-

(1) *Nouveau Denisart*, III, v° *Bonne foi des contractants*, § 3, n. 3.

raient entre personnes étrangères (1). Mais ce système serait trop susceptible de compromettre, non pas seulement, comme le dit M. Demolombe, les droits de l'époux putatif, mais plus encore ceux du conjoint légitime, puisque la communauté devrait être supposée dissoute au jour de la célébration de la deuxième union, alors qu'en réalité elle s'est continuée, à son égard, même après celle-ci.

1931. Pour que ces droits restent saufs, il faut donc commencer par liquider cette communauté comme si ce second mariage n'était pas survenu : il n'existe pas, du moins sous ce rapport, quant à lui. Est-ce à dire qu'il ne faille pas tenir compte, pour cette liquidation, de l'existence de la société de fait à laquelle il a donné naissance ? Assurément non, sans quoi ces droits ne seraient pas seulement saufs, ils seraient encore injustement augmentés du fait de la confusion qui se serait établie entre le patrimoine commun et celui de l'époux putatif, lequel serait ainsi totalement sacrifié. Il faut donc, pour donner une équitable satisfaction à tous les intérêts, n'admettre le conjoint légitime au partage de la communauté que sous déduction des apports du second et d'une part proportionnelle à sa mise dans les acquêts réalisés depuis son mariage (2). Cette déduction, il serait obligé de la subir si les intérêts de la communauté s'étaient de fait confondus avec ceux d'un tiers, totalement étranger à l'époux bigame. Et il ne saurait en être dispensé en raison de cette circonstance qu'entre le tiers et cet époux ont existé des rapports matrimoniaux, car elle doit rester sans influence sur la liquidation des relations nées de cette confusion d'intérêts, du moins au regard du conjoint légitime. Il paraît donc inutile, pour justifier ce résultat, d'observer, comme le fait M. Demante, que « bien que les acquêts puissent provenir en tout ou en partie d'économies réalisées sur des revenus appartenant à la communauté de droit, ce ne sera pour le véritable conjoint qu'une perte de fruits », et qu' « en matière de fruits, le fait soutenu de la bonne foi prévaut toujours sur le droit ».

(1) Toullier, I, n. 665 ; Duranton, II, n. 373 ; Vazeille, I, n. 285.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 53 et 54, n. 24 ; Demante, I, n. 283 *bis*, XII ; Marcadé, I, art. 202-IV, n. 700. — Cpr. Coin-Delisle, *Rev. crit.*, 1854, V, p. 216 s.

Quant au conjoint putatif, la communauté conjugale doit être réputée, en vertu de sa bonne foi, avoir existé du jour de la célébration du mariage à celui de son annulation : telle est la règle qui doit présider à la liquidation de sa part. Est-ce à dire, comme le soutient Marcadé (1), qu'il soit autorisé à prendre purement et simplement la moitié de la communauté, telle qu'elle se comporte à cette dernière époque ? Assurément non, car celle-ci se trouverait grossie de ce que l'époux légitime y a mis et qui n'appartenait pas en réalité à l'époux bigame, lequel n'a pas pu l'apporter dans la nouvelle société. Une fois hors de cause les droits de celui au détriment duquel la seconde union a été contractée, il y a lieu, pour fixer ceux de l'autre, de faire ce qu'on a fait pour le premier. Il faut donc tenir compte de l'existence de la communauté qui s'est continuée entre les premiers époux jusqu'au jour de la liquidation, avec cette réserve que cette communauté a été de droit jusqu'à la célébration de la deuxième union, et qu'elle est devenue de fait à dater de là, au regard du conjoint putatif. Dès lors, celui-ci n'a droit au partage de la communauté que sous déduction des droits du premier époux, supposés liquidés à la date du second mariage, et d'une part proportionnelle au montant de cet émolument dans les acquêts réalisés depuis cette époque.

1932. Telle est la théorie professée par MM. Aubry et Rau et Demante, aux conclusions desquels nous nous associons pleinement. Celle de M. Demolombe (2), qui l'appuie cependant de l'autorité de ces auteurs, serait sensiblement différente, si on la prenait au pied de la lettre. D'une part, lorsqu'il écrit qu'il faut déduire de la première communauté « les mises provenant du chef de l'autre conjoint de bonne foi » et la partager ensuite « comme si aucune autre communauté ne s'était formée en concurrence avec elle », il ne tient pas compte de la part à laquelle le conjoint putatif a droit dans les acquêts. Et, d'un autre côté, lorsqu'il autorise ce dernier

(1) *Loc. cit.*

(2) III, n. 377. — Cpr. Marcadé, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 202, n. 9 s. — Bordeaux, 18 mai 1852, S., 52. 2. 609, D , 53. 2. 228.

« à prétendre que la part attribuée au premier conjoint sur la communauté dissoute a diminué d'autant à son préjudice la communauté à laquelle il avait droit », et à exercer en conséquence « sur les biens personnels de son conjoint une récompense égale à ce préjudice », il lui fait la part beaucoup trop belle, ainsi qu'il ressort des considérations qui viennent d'être exposées.

1933. 3° *Effets du mariage putatif à l'égard des tiers.* — Le mariage putatif produit à l'égard des tiers, et en faveur de l'époux ou des époux de bonne foi, les mêmes effets civils qu'un mariage valable.

Par application de ce principe :

1° La femme, supposée de bonne foi, peut opposer aux tiers l'hypothèque légale que lui confère l'art. 2121 sur les immeubles de son mari (1).

2° Elle peut pareillement se prévaloir de la nullité des actes qu'elle a passés sans l'autorisation de son mari ou de justice (art. 225), et cette même faculté appartient au mari, s'il est aussi de bonne foi. Elle appartiendrait à lui seul, si la bonne foi n'existait qu'en sa personne (2).

1934. 3° Les donations faites par des tiers à l'époux de bonne foi, dans son contrat de mariage, doivent être maintenues, puisqu'elles sont faites en faveur de ce mariage, lequel est, même quant à eux, réputé valable (3).

1935. 4° Il en est de même des donations de biens à venir ou de biens présents et à venir faites à l'époux de mauvaise foi (4). Si celui-ci est incapable de se prévaloir à cet effet de la validité du mariage, il en est différemment des descendants qui en sont issus, puisqu'ils sont appelés normalement à re-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 52; Demolombe, III, n. 379; Valette sur Proudhon, II, p. 3, note *a*; Huc, II, n. 168; Surville, I, n. 184; Beudant, I, n. 291; Fuzier-Herman, art. 202, n. 7. — Cpr. Planiol, I, n. 1117.

(2) Demolombe, III, n. 380; Huc, *loc. cit.*; Planiol, I, n. 1115; Surville, I, n. 184; Beudant, I, n. 291.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 52, n. 16; Demolombe, III, n. 369, 381 et 382; Demante, I, n. 283 *bis*, XI; Huc, *loc. cit.*

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 53, n. 21; Demolombe, III, n. 382; Demante, I, n. 283 *bis*, XI; Huc, *loc. cit.*; Planiol, I, n. 1114, et p. 368, note 1. — *Contra :* Laurent, II, n. 514.

cueillir le bénéfice de ces donations, à défaut du donataire (art. 1082, 1084, 1086 et 1089), et que le mariage putatif produit, quant à eux, toutes ses conséquences. Aussi, déjà dans l'ancien droit, étaient-ils considérés comme aptes à recueillir les substitutions aussi bien que les successions *ab intestat* (1).

Est-ce à dire que leur auteur puisse profiter de ce que la donation est maintenue en leur faveur, pour en retenir l'avantage, s'il lui est déjà échu, ou entrer personnellement en possession de son objet, lors de son ouverture? Cette proposition, qui semble avoir été adoptée par MM. Aubry et Rau, ne paraît pourtant pas fondée. L'époux de mauvaise foi se trouve être sans qualité pour retenir ou recueillir ces biens, puisqu'il ne peut invoquer les effets du mariage en faveur duquel ils ont été donnés. Lui écarté, la vocation personnelle des enfants leur confère le droit de se les faire restituer ou de se les approprier à sa place (2).

1936. 5° Les donations de biens présents faites à l'époux de mauvaise foi, par contrat de mariage, sont caduques. D'une part, en effet, le donataire est incapable d'en retenir le bénéfice, puisque leur validité est subordonnée à la condition que le mariage s'ensuive (art. 1088), et que, quant à lui, le mariage est considéré comme n'ayant jamais existé. D'autre part, ce bénéfice ne saurait être réclamé, ni par l'autre époux, ni par les enfants issus de cette union, qui n'ont pas été personnellement gratifiés, et qui n'ont aucune vocation propre pour conserver les biens à son défaut (3).

Cette solution est pourtant généralement repoussée en doctrine, par ce motif que les donations de biens présents elles-mêmes sont, en la circonstance, réputées faites en faveur du mariage, et par suite en faveur de tous ceux qui sont admis à se prévaloir de ses effets. Et ne serait-ce pas priver les enfants et l'époux de bonne foi d'une partie de ceux-ci, que de décla-

(1) *Nouv. Denisart*, III, v° *Bonne foi*, § 4, n. 6.

(2) Demolombe, *loc. cit.*; Duranton, IX, n. 702; Huc, *loc. cit.*

(3) Laurent, II, n. 514. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, III, n. 382; Demante, I, n. 283 *bis*, XI; Planiol, I, n. 1114, et p. 368, note 1. — Cpr. Huc, *loc. cit.*

rer ces donations caduques, à raison de la mauvaise foi du donataire?

Mais d'abord, peut-on répliquer, les maintenir malgré cette mauvaise foi, n'est-ce pas, à l'inverse, permettre à ce conjoint d'invoquer les effets d'un mariage qui n'existe pas à son égard? Force est donc, en quelque sens qu'on se prononce, étant donnée la condition essentiellement différente que le mariage putatif fait aux enfants et aux anciens époux, lorsqu'ils n'ont pas été tous deux de bonne foi, de sacrifier ici quelque chose des principes qui le régissent. Or il nous paraît à la fois plus rationnel et plus juridique de résoudre cette question en considération de la situation propre du principal intéressé, c'est-à-dire du donataire : plus rationnel, car on ne doit pas l'admettre à bénéficier indirectement d'effets dont il lui est interdit personnellement de se prévaloir, et à conserver durant toute sa vie, avec les plus amples pouvoirs de disposition, des biens sur lesquels il devrait être personnellement sans droit aucun; plus juridique, car c'est lui seul qui est gratifié, après tout, et le débat s'agite exclusivement entre le donateur et lui. Que la donation faite par contrat de mariage soit censée faite en faveur de la famille, sans doute : mais encore faut-il que le mariage soit valable à l'égard du donataire lui-même, sans quoi la condition en dehors de laquelle elle devient caduque est réputée inaccomplie à l'égard du donateur. En conférant ce caractère particulier à la donation, la loi a entendu la soumettre à des règles spéciales et à un régime de faveur. Ce serait, à notre sens, dépasser ses intentions que d'admettre, au nom de ce caractère, que le droit qu'engendre la libéralité en faveur du conjoint et de la descendance du bénéficiaire puisse être plus résistant que celui dont il dérive, et être même assez fort pour en assurer le maintien à l'instant où ce dernier s'évanouit.

1937. 6° La naissance d'un enfant issu du mariage putatif opère la révocation des donations qui ont été faites par le conjoint de bonne foi, à une époque où il n'avait pas de descendant légitime (art. 960) : car il peut se prévaloir de la légitimité de l'enfant qui lui survient de la sorte comme d'un

des effets civils du mariage, dont la révocation est ainsi la conséquence indirecte (1).

1938. Mais cette révocation s'opère-t-elle pareillement au profit du donateur, lorsqu'il est de mauvaise foi? Vive est la controverse sur ce point, et, à vrai dire, la difficulté est sérieuse. Nous inclinons pourtant à la trancher dans le sens de la négative (2). Le motif prédominant de notre décision est que cette révocation est tout au moins la conséquence indirecte et médiate du mariage, dont le donateur ne saurait précisément invoquer les effets, dans ses rapports avec les tiers. Seul ce mariage a pu rendre légitime l'enfant dont la survenance était susceptible d'anéantir la libéralité, et sans lui, par conséquent, c'est-à-dire s'il est réputé nul à l'égard du gratifié, cette légitimité disparaît, en ce sens que le donateur ne saurait en arguer pour se faire restituer les biens. Il importe donc fort peu que la révocation ne soit pas, comme l'observent MM. Aubry et Rau, l'effet direct du mariage. Si l'époux de mauvaise foi ne peut pas se prévaloir de celui-ci, c'est *a fortiori,* dirons-nous, qu'il lui est impossible de se réclamer de son effet indirect.

Il est vrai que cette objection des savants auteurs est une réponse à un des arguments produits par les partisans de notre opinion. Nul ne saurait, avaient dit ces derniers, se procurer un avantage semblable au bénéfice de la révocation à l'aide d'un acte illicite, comme celui qui consiste à contracter sciemment une union nulle. On comprend alors qu'on ait eu la pensée de répondre que ce bénéfice résulte, non de l'acte coupable, du mariage lui-même, mais du fait ultérieur de la survenance d'enfant, qui ne participe pas de son caractère illicite. Et toutefois cette réplique n'était pas décisive : car, si l'union ne révoque pas par elle-même la donation, il n'en est pas moins vrai qu'elle seule rend possible cette révoca-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 53, n. 22, et VII, § 709, p. 436, n. 29; Demolombe, III, n. 382; Huc, II, n. 168.

(2) Demolombe, III, n. 382, et XX, n. 745; Demante, IV, n. 103 *bis*, X; Toullier, V, n. 302; Huc, *loc. cit.*; Troplong, *Des donations*, III, n. 1382; Grenier, *Des don.*, I, n. 191; Coin-Delisle, art. 960, n. 33. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.*; Vazeille, *Des don.*, art. 960, n. 9. — Cf. Pothier, *Cout. d'Orléans*, Des don., n. 104.

tion, qu'elle la prépare en quelque sorte, et il ne doit pas dépendre du donateur, en la contractant contrairement à la loi, de s'assurer un avantage auquel, sans elle, il resterait sans droit aucun.

Mais, a-t-on observé, et cette objection est plus grave, « comme la révocation de la donation est établie non seulement dans l'intérêt du donateur, mais encore dans celui de ses enfants, il faudrait toujours l'admettre en faveur de ces derniers, alors que le donateur devrait, en raison de sa mauvaise foi, être déclaré non recevable à s'en prévaloir ». Cette restriction, ajoute-t-on, ne serait même pas acceptable, d'un côté, parce que l'unique condition à laquelle l'art. 960 subordonne la révocation de la libéralité, la survenance d'un enfant légitime, est en l'espèce complètement remplie, celui qui est issu de l'union putative ayant droit à ce titre ; d'un autre côté, parce qu'il y a exactement les mêmes motifs pour qu'elle soit révoquée, « en raison des affections que la paternité inspire et des devoirs qu'elle impose ».

Cette argumentation est assurément très forte. Et cependant, il semble d'abord évident que, lorsque la disposition précitée prévoit la survenance au donateur d'un enfant légitime, le cas tout exceptionnel où celui-ci serait issu d'un mariage putatif n'a pas pu entrer dans ses prévisions, de telle sorte qu'on ne saurait bien sérieusement s'appuyer sur la généralité de ses termes. Il serait plus vrai de dire qu'il y a même raison de considérer ici la donation comme révoquée, pour mettre son auteur en état d'écouter ses affections et de supporter les charges qui lui adviennent, s'il ne fallait tenir compte aussi de la situation particulière dans laquelle sa mauvaise foi le place à l'égard du donataire. Toute la question est de savoir, en définitive, s'il peut échapper aux conséquences qui en dérivent, au nom de l'intérêt de sa postérité, sinon de son intérêt propre. Or, ainsi posée, il semble qu'elle doive être résolue par la négative. C'est qu'en effet l'intérêt de ses descendants ne passe, après tout, qu'en seconde ligne, tandis que le sien figure au premier plan. Quoiqu'ils soient appelés éventuellement à bénéficier de la révocation de la libéralité, c'est d'abord en sa faveur que cette révoca-

tion s'opère. Lui seul, de son vivant, peut s'en prévaloir, à l'exclusion de ses enfants, et il conserve dans son intégralité le droit de disposer des biens ainsi recouvrés. Quant à sa descendance, son droit n'est qu'éventuel, et, quoique ce soit en considération de son existence que la donation peut être anéantie, il n'est au fond que secondaire. Comment admettre alors le donateur, que sa mauvaise foi prive de la faculté d'invoquer en son propre nom les effets civils du mariage, à s'en prévaloir au nom de ceux dont l'intérêt est, en somme, subordonné par rapport au sien, et faire par là exception à la règle que ce mariage est réputé n'avoir jamais existé, dans ses relations avec les tiers ? Mieux vaut, comme pour la difficulté précédente, régler la situation eu égard à la condition du principal et direct intéressé qu'en considération de celle des intéressés de second ordre, puisque, de toutes façons, il est impossible d'appliquer concurremment, aux uns et aux autres, les règles du mariage putatif.

1939. Ce n'est pas qu'on ne se soit point efforcé de les leur appliquer distributivement. Tout en se refusant à faire profiter de la révocation le donateur de mauvaise foi, et en reconnaissant avec nous qu'elle ne saurait se produire en sa faveur, certains auteurs ont voulu, cependant, qu'elle s'opérât en faveur des enfants, auxquels la faute de leur auteur n'enlève pas le bénéfice de la légitimité. Mais comment pourrait-elle pratiquement n'avoir lieu que dans leur intérêt exclusif? Pour arriver à ce résultat, les uns (1) se décident à attribuer aux enfants, d'une façon immédiate et irrévocable, les biens compris dans la libéralité, et les leur « adjugent en propriété, même du vivant de leur auteur », tandis que les autres (2) se contentent de leur « réserver leurs droits sur ces biens pour les exercer après la mort de celui-ci en acceptant sa succession », et de les laisser jusque-là, provisoirement, entre les mains du donataire. Malheureusement l'une et l'autre opinion aboutissent à ce singulier résultat de traiter les enfants issus du mariage putatif plus favorablement que ceux qui naissent

(1) Delvincourt, II, p. 80, note 9.
(2) Duranton, VIII, n. 586.

d'une union réellement légitime, puisque les biens donnés seraient ainsi toujours soustraits au droit de disposition du donateur, et par là elles dénaturent, de façons diverses, la révocation qui se produit. Du moins l'inutilité de ces tentatives a-t-elle montré qu'il fallait se prononcer, ou pour la révocation complète, s'opérant au profit du donateur lui-même, malgré sa mauvaise foi, ou contre elle, ainsi que nous le croyons préférable.

CHAPITRE IV

DE LA PREUVE DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE

1940. Conformément aux principes généraux, c'est à celui qui se prévaut des effets civils d'un mariage à en établir l'existence (art. 1315), faute de quoi il ne saurait être admis à les invoquer : le mariage non prouvé serait à considérer, quant à lui, comme s'il n'existait pas (1). Cette similitude, au point de vue du résultat négatif, de l'union dont la célébration n'est pas démontrée et de celle qui est nulle, explique la place que les rédacteurs du Code civil ont assignée aux règles de la preuve du mariage, au sein du chapitre qui traite des nullités. Mais elle ne la justifie pas, car l'existence ou la validité d'un droit restent indépendantes de sa preuve, alors que cette confusion de deux matières aussi différentes donnerait à supposer le contraire.

Comment se fait la preuve de la célébration du mariage? Il faut étudier successivement le principe et les exceptions qui y ont été apportées.

I. *Principe.*

1941. Le principe a été déposé dans l'art. 194 : « *Nul ne* » *peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage,* » *s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre* » *de l'état civil; sauf les cas prévus par l'art. 46, au titre* des » actes de l'état civil. » L'acte de mariage inscrit sur les regis-

(1) Demolombe, III, n. 383; Planiol, I, n. 865, et p. 291, note 1. — Cpr. Req. rej., 22 juin 1819, S., 19. 1. 438, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 415.

tres, tel est le mode de preuve normal : en règle, tout autre paraît à la loi insuffisant pour établir, du moins quand on se prévaut de ses effets civils, un contrat d'une telle importance. Elle présume donc, à défaut d'acte inscrit, que le prétendu mariage dont on se réclame n'a pas été célébré; et sur le fondement de cette présomption (art. 1352, al. 2), qui ne peut être combattue que dans des cas limitativement déterminés, elle autorise tout intéressé à en dénier, à toute époque, l'existence, quelle que soit la personne qui s'en prévale, et qu'on puisse lui imputer, comme aux époux, l'absence de preuve régulière, ou qu'on ne puisse pas, comme à leurs enfants ou aux tiers, leur faire pareil grief (1).

1942. Ce mode de preuve ne saurait donc être suppléé (2) :

1° Ni par un acte simplement inscrit sur une feuille volante : la précision des termes de notre disposition ne permet pas de reconnaître à cet acte la moindre force probante (3). Il ne saurait même, quoi qu'on ait dit, servir de commencement de preuve par écrit, susceptible de faire admettre la preuve par témoins ou par présomptions : car la règle spéciale et très nette de notre article exclut complètement l'application du droit commun (art. 1348 et 1353) à la preuve du mariage;

2° Ni par la preuve d'une promesse de mariage, de quelque solennité qu'elle ait été entourée : « Fille fiancée, disait Loysel, n'est ni prise ni laissée; car tel fiance qui n'épouse point » (4);

3° Ni par la preuve que la publication a été faite : elle n'annonce qu'un projet, qui a pu être abandonné (5);

4° Ni par la représentation d'un contrat de mariage, car

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. I, § 2, quest. 14; Aubry et Rau, V, § 452 *bis*, p. 15, et p. 17, n. 9; Demolombe, III, n. 385; Demante, I, n. 276 *bis*; Planiol, I, n. 868; Fuzier-Herman, art. 194, n. 1 s. — Req. rej, 22 juin 1819, précité. — Paris, 3 mars 1898, D., 98. 2. 120.

(2) Cf. Fuzier-Herman, art. 194, n. 3 s. — Paris, 17 mars 1836, P., 36. II. 515, D., 36. 2. 81.

(3) Demolombe, III, n. 386; Laurent, III, n. 5; Planiol, *loc. cit.* — *Contra* : Demante, I, n. 277 *bis*, I. — Cpr. Civ. rej., 21 nov. 1808, S., 09. 1. 45, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 413.

(4) *Instit. cout.*, liv. I, tit. II, Reg. 103.— Cpr. Civ. rej., 7 fév. 1860, S., 60. 1. 529, D., 60. 1. 126.

(5) Planiol, *loc. cit.*

l'union en vue de laquelle il a été fait a pu ne pas se réaliser;

5° Ni par l'acte de célébration religieuse du mariage, car le ministre du culte a pu, par une infraction d'ailleurs punissable (art. 199 et 200 C. pén.), se prêter à cette célébration avant qu'il eût été procédé à celle du mariage civil;

6° Ni par la représentation d'un acte de l'état civil donnant à l'un des prétendus conjoints la qualification d'époux ou de veuf de telle autre personne, car l'acte de mariage a seul pour objet de constater ce fait, et tous les autres se trouvent par conséquent, quant à ce, destitués de toute force probante (1);

7° Ni par le serment litis-décisoire, car il ne peut pas être déféré sur les questions d'état (2).

8° Ni par la preuve testimoniale, puisque notre disposition requiert un titre d'une nature particulière et fait par là même expressément exception aux règles du droit commun, sans distinction entre le cas où il y a et celui où il n'y a pas de commencement de preuve par écrit (3). Vainement Demante se prévaut-il en sens contraire, pour le premier cas, de ce que cette preuve est admise à titre de complément en matière de filiation (art. 323 et 341), car, à la différence de ces derniers, l'art. 194, loin de la déclarer admissible, la repousse par sa généralité même. L'application du droit commun conduirait d'ailleurs à reconnaître toujours aux tiers, qui n'ont pas pu se procurer de preuve écrite du mariage, la faculté de recourir à la preuve par témoins (art. 1348) : or notre disposition la refuse péremptoirement à toute personne qui se réclame des effets civils de celui-ci.

1943. 9° Ni enfin par la possession d'état : « *La possession* » *d'état,* est-il dit dans l'art. 195, *ne pourra dispenser les pré-* » *tendus époux qui l'invoqueront respectivement, de représen-*

(1) Douai, 17 fév. 1894, D., 95. 2. 87.

(2) Portalis, *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 516, n. 53; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. V, § 2, n. 3, et v° *Serment*, § 2, art. 2, n. 6; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 15, n. 1; Fuzier-Herman, art. 194, n. 7. — Bruxelles, 20 janv. 1807, S. chr., II. 2. 191.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Toullier, I, n. 353; Laurent, III, n. 5; Fuzier-Herman, art. 194, n. 6. — *Contra :* Demante, I, n. 227 *bis*, I, n. 277 *bis*, I, et n. 278 *bis*, II.

» *ter l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état* » *civil.* » La possession d'état d'époux légitimes est la situation dont jouissent effectivement deux personnes qui ont porté le même nom, vécu publiquement comme mari et femme, et qui ont été acceptées comme telles dans leur famille et dans la société (*nomen, tractatus, fama*). Les principaux faits dont elle résulte sont, par analogie avec ceux qui sont constitutifs de la possession d'état d'enfants légitimes (art. 321) : 1° que les prétendus époux se sont comportés, l'un à l'égard de l'autre, comme si ce titre leur appartenait réellement, cohabitant ensemble, connus sous le nom du mari, et se présentant en toute circonstance, dans les actes publics comme dans les relations de la vie privée, comme époux légitimes; 2° qu'ils ont été considérés comme tels dans leurs familles respectives; 3° qu'enfin le public, se faisant l'écho de la famille, leur a reconnu lui-même cette qualité (1).

1944. Comme on le voit par l'analyse de ses éléments, la possession d'état prend son origine dans l'attitude personnelle des intéressés : leur famille et le public ne les ont traités comme époux que parce qu'extérieurement ils se traitaient ainsi eux-mêmes. Il eût donc été souverainement imprudent de donner, en principe, à cette possession la force de suppléer à l'acte de mariage. C'eût été, d'une part, et ce motif s'applique aux époux, leur fournir les moyens de se créer un titre à eux-mêmes, ou du moins avec la complaisance de ceux qui les entourent. D'autre part, et cette considération est tout à fait générale, le concubinage serait trop aisément parvenu, grâce à la possession d'état, qui est parfois mensongère, surtout dans les grands centres, à usurper les droits de l'union légitime. « On ne peut, avait déjà dit d'Aguessau, prendre dans une matière aussi grave la renommée comme juge et le bruit public comme témoin » (2).

Ce furent ces raisons qui déterminèrent les auteurs de l'Ordonnance de Blois du 15 mai 1579 à décider (art. 40 et 41)

(1) Laurent, III, n. 1; Beudant, I, n. 280. — Cpr. Planiol, I, n. 869; Surville, I, n. 189.

(2) Portalis, *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 516, n. 53; Tronchet, *Disc. au C. d'Et., eod. loc.*, p. 420, n. 20.

que cette possession n'engendrerait plus, à l'avenir, une présomption de célébration du mariage, et que la preuve de celle-ci ne pourrait plus résulter que d'un acte régulièrement dressé par le curé des contractants, qui remplissait alors les fonctions d'officier de l'état civil. Jusque-là, au contraire, notre ancienne jurisprudence avait admis les mariages « présumés », dont l'existence, simplement supposée en effet, ne paraissait établie que par la possession de l'état d'époux, sauf à pouvoir être contredite par tout autre mode de preuve. Ces errements, qui avaient trouvé leur naïve expression dans le vieil adage rapporté par Loysel (1) :

> Boire, manger, coucher ensemble,
> C'est mariage, ce me semble.

ont été naturellement répudiés, à l'exemple de l'ordonnance de Blois, par le code civil (2).

1945. Mais l'ont-ils été complètement? En d'autres termes, la règle que la possession d'état ne peut pas suppléer au titre, s'applique-t-elle seulement aux époux, ainsi qu'on pourrait être tenté de l'induire par argument *a contrario* de l'art. 195, ou à toute personne, quelle qu'elle soit, qui veut faire la preuve du mariage, en vue d'en réclamer les effets civils? On s'accorde à la considérer comme absolument générale, et partant comme opposable, en même temps, qu'aux époux dans leurs rapports respectifs, aux héritiers de l'un d'eux vis-à-vis de l'autre ou réciproquement, et aux enfants issus de l'union prétendue légitime, dans leurs relations avec ceux qui contestent leur légitimité (3).

Il ressort en effet, tant de l'explication donnée au conseil

(1) *Instit. cout.*, liv. I, tit. II, reg. 108.

(2) Aubry et Rau, V, § 452 *bis*, p. 16, n. 3; Demolombe, III, n. 387; Huc, II, n. 171 et 173; Planiol, I, n. 865 et 869.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. V, § 2, n. 7, 9 et 13; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 16, n. 4-7; Demolombe, III, n. 388; Laurent, III, n. 2; Fuzier-Herman, art. 195, n. 2 s. — Bruxelles, 7 juin 1806, S., 06. 2. 351, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 415. — Paris, 20 mai 1808, S., 08. 2. 204, D., *Rép.*, v° *Paternité*, n. 314. — Bourges, 17 mars 1830, S., 30. 2. 174, D., 30. 2. 215. — Douai, 17 fév. 1894, précité. — Trib. Seine, 8 mai 1903, S., 1906. 2. 181. — Cpr. Planiol, I, n. 868; Surville, I, n. 189.

d'Etat (1) que du texte même de l'art. 194, que nul ne peut échapper, par le moyen de la possession d'état, à la règle absolue de celui-ci. Si l'on a cru devoir le marquer expressément en ce qui concerne les rapports des prétendus conjoints, c'est apparemment parce qu'on aurait pu être porté, dans le silence de la loi, à les admettre à s'opposer respectivement le témoignage de la situation qu'ils se sont faite et qui les présente comme mariés. Mais, s'il leur est interdit de l'invoquer dans leurs propres rapports, quoiqu'il soit leur œuvre commune, comment pourrait-il être plus efficace à l'égard des autres personnes, soit qu'on s'en prévale contre elles, soit qu'elles veuillent s'en prévaloir? Au surplus l'art. 197 suffirait à emporter tous les doutes, puisqu'il n'admet les enfants communs à établir, à l'aide de la possession d'état, le mariage de leurs père et mère que sous des conditions rigoureusement déterminées et à titre exceptionnel. Toute distinction eût été, du reste, contraire au fondement même du principe.

Et ce principe est si absolu qu'on ne saurait opposer à la partie qui nierait l'existence du mariage, la reconnaissance qu'elle en aurait faite antérieurement. Son aveu, qui pourrait être contraire à la réalité, ne saurait suppléer à l'absence de preuve régulière de l'état contesté (2).

1946. Telle est donc l'étendue de la règle qu'aucun autre mode de preuve n'est susceptible, normalement, d'équivaloir à celle qui résulte des registres de l'état civil. Mais cette règle ne s'oppose pas à ce que le mariage puisse être prouvé de toute autre manière, dès que, sans en invoquer les effets civils, on prétend en établir simplement l'existence en tant que simple fait, et qu'à l'accomplissement de ce fait est subordonnée la naissance ou l'extinction d'un droit qui ne dérive pas du mariage lui-même (3). Cette restriction est con-

(1) Portalis, *Exp. des mot.*. Locré, *Lég.*, IV, p. 516, n. 53; Tronchet, *Disc. au C. d'Et., eod. loc.*, p. 420, n. 20.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. V, § 2, n. 11 et 12; Aubry et Rau, V, § 452 *bis*, p. 17, n. 8. — Riom, 11 juin 1808, S., 08. 2. 322. — Cpr. Montpellier, 2 mars 1832, S., 32. 2. 610, D., 33. 2. 50.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. V, § 2, n. 3 et 14; Aubry et Rau, V, § 452 *bis*, p. 15, n. 2; Demolombe, III, n. 390; Laurent, III, n. 3; Planiol, I, n. 866; Fuzier-Herman, art. 194, n. 8. — Bruxelles, 20 janv. 1807, S. chr., II. 2. 191.

tenue expressément dans l'art. 194. Elle résulte, d'autre part, de ce que l'unique destination des actes de l'état civil est, ainsi que leur nom l'exprime, de servir à la preuve de l'état en tant qu'on en invoque les attributs. En dehors de cette hypothèse, ils peuvent donc être suppléés par les modes de preuve du droit commun. Ainsi en serait-il au cas où il s'agirait d'établir la célébration d'une union dont dépendait, comme d'une condition véritable, la formation d'un contrat.

1947. Notre disposition n'exige d'ailleurs pas que l'acte de mariage produit par la partie qui réclame les effets civils de celui-ci soit absolument régulier : elle requiert seulement qu'il soit inscrit sur les registres. Il suit de là, par application des principes généraux qui ont été développés (1), que lorsque l'acte n'est pas absolument informe, comme il le serait s'il avait été reçu par un simple particulier ou par un officier public autre qu'un officier de l'état civil, ou bien encore s'il ne portait pas les noms des parties, puisqu'il ne pourrait alors s'appliquer à personne, le juge apprécie souverainement le degré de foi qui doit y être attaché, en dépit des irrégularités commises. Il lui refusera toute force probante ou la lui conservera entière, suivant que les énonciations qui font défaut ou les formalités qui n'ont pas été observées lui paraîtront ou non substantielles. Et notamment celles qui sont relatives à l'échange des consentements des époux ou à la prononciation par l'officier civil de la formule qu'ils sont unis par le mariage, semblent devoir affecter nécessairement ce caractère, tandis qu'il en peut être autrement de l'absence de signature des témoins ou des parties, ou même de celle de l'officier, quoique ce soit elle qui imprime à l'acte son authenticité (2).

Il se peut donc que le juge, devant qui on soulève une simple question de preuve de la célébration du mariage, sans l'appeler en même temps à statuer sur l'existence ou la validité de celui-ci, écarte l'acte par la production duquel on

(1) Cf. tome II, n. 861 s. — Aubry et Rau, V, § 452 *bis*, p. 17; Laurent, III, n. 5.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. V, § 2, n. 6; Demolombe, III, n. 213 et 214. — Cpr. Laurent, III, n. 5; Planiol, I, n. 871; Richelot, I, n. 143, note 15; Glasson, n. 113.

prétendait l'établir, à raison de ses irrégularités, et en constate la nullité. Cette nullité du titre, de l'instrument de preuve, complètement distincte et indépendante de l'inexistence ou de la nullité du mariage même, ne la fait aucunement préjuger. Mais elle peut aboutir exactement au même résultat, s'il est impossible de démontrer par tout autre moyen qu'il a été célébré, puisque, comme tout autre fait juridique, il ne produit ses conséquences légales qu'à la condition d'avoir été préalablement établi (1).

1948. Il aurait donc pu arriver que, par suite d'une négligence purement imputable à l'officier public, et contre laquelle les circonstances enlèvent aux époux le moyen de se prémunir, il leur fût interdit de se prévaloir de ce titre, dans leurs rapports réciproques, et que l'un d'eux profitât ainsi d'une simple irrégularité de l'acte pour s'affranchir des liens d'une union parfaitement valable. C'est ce calcul que la loi a voulu déjouer, dans le cas où la possession d'état est venue couvrir les vices du titre, en démontrant par elle-même que les intéressés s'étaient considérés comme bien et dûment mariés, et que leur famille et la société s'étaient accordées aussi à les regarder comme tels (2). Elle corrobore alors tellement l'acte de célébration que leur double témoignage devient, au moins au regard des époux, absolument irréfragable. Tel est l'objet de la disposition de l'art. 196, ainsi conçu : « *Lorsqu'il* » *y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage* » *devant l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont* » *respectivement non recevables à demander la nullité de cet* » *acte.* » Rien de plus rationnel, car, si ces deux modes de preuve, pris isolément, sont insuffisants, le titre écrit à cause de ses irrégularités, et la possession d'état à raison de ses caractères (3), à démontrer que la célébration a eu lieu, leur réunion rend cette induction tellement puissante qu'il y aurait

(1) Cf. Laurent, III, n. 5; Planiol, I, n. 865.

(2) Aubry et Rau, V, § 467, p. 117 et 118, n. 29; Demolombe, III, n. 329; Planiol, I, n. 870. — Bourges, 23 mai 1822, S., 22. 2. 315, D., *Rép.*, v° *Faux incident*, n. 68.

(3) Sur les caractères que doit présenter la possession d'état de l'art. 196 C. civ., cf. Req. rej., 28 nov. 1899, S., 1901. 1. 21, D., 1900. 1. 472.

injustice à ne pas s'y arrêter dans les rapports des conjoints. Qu'importent les lacunes de l'acte en présence de leur aveu spontané, qui s'applique à compléter le titre aussitôt après qu'il a été dressé par l'officier public?

1949. De ce point de vue il semble qu'il n'y ait pas à distinguer entre les différentes irrégularités susceptibles d'être commises (1). Spécialement, l'acte inscrit sur une feuille volante, qui, par lui-même, est impuissant à prouver la célébration, concourrait, à notre sens, avec la possession d'état à l'établir : les termes mêmes de l'art. 196 favorisent cette solution, puisque, bien différents de ceux de l'art. 194, ils n'exigent pas que l'acte soit inscrit sur les registres (2).

Il en serait de même, selon nous, de l'acte qui n'aurait pas été signé par l'officier de l'état civil, s'il était démontré qu'il a été dressé par lui. Vainement objecterait-on que cette signature est justement la seule garantie de son intervention, et qu'en son absence l'acte est aussi informe que s'il avait été dressé, comme il pourrait l'être alors, par le premier venu. Car nous supposons, comme il le faut, qu'il est constant que l'acte émane bien de cet officier et qu'il a seulement négligé de le signer : et dans ces conditions l'induction qui ressort de la possession d'état et du titre réunis, est au moins aussi forte que celle qui résulte de la jonction de celle-ci à l'acte écrit sur une feuille volante (3).

C'est arbitrairement que M. Demante (4) exige que l'acte ait « au moins le caractère d'un commencement de preuve par écrit ». Notre disposition ne requiert rien de semblable : à ce compte, un époux ne pourrait-il pas récuser, malgré la possession d'état, le témoignage d'un titre qui ne porterait pas

(1) Aubry et Rau, V, § 452 *bis*, p. 17, n. 10; Demante, I, n. 278 *bis*, IV; Huc, II, n. 177; Fuzier-Herman, art. 196, n. 3 s. — Req. rej., 26 juill. 1865, S., 65. 1. 393 et note, D., 65. 1. 493. — Toulouse, 26 avril 1893, S., 96. 2. 252, D., 94. 2. 556.

(2) Toullier, I, n. 598; Delvincourt, I, p. 73, note 1; Demante, I, n. 278 *bis*, IV; Vazeille, I, n. 202. — Cpr. Planiol, I, n. 871. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 17, n. 11; § 467, p. 117, n. 28, et I, § 64, p. 218, n. 15; Demolombe, III, n. 329, et I, n. 323; Duranton, II, n. 251; Marcadé, I, art. 196-III, n. 675; Gérardin, *Rev. prat.*, 1866, XXI, p. 263 s.

(3) Cpr. Planiol, I, n. 871.

(4) I, n. 278 *bis*, V.

sa propre signature? Sans doute le savant auteur n'exige la condition dont il parle que de l'acte « informe » auquel l'irrégularité commise « enlève complètement le caractère d'acte ». Mais la vérité est que l'art. 196 ne prévoit aucune irrégularité en particulier, et que son application peut et doit dès lors, logiquement, être étendue à toutes celles qui ne procèdent pas de l'absence complète de qualité en la personne de celui qui a dressé l'acte (1).

1950. Telle est, à nos yeux, la portée de cette disposition, qui règle uniquement, comme celles qui la précèdent ou celles qui la suivent, une question de preuve du mariage. Mais une forte partie de la doctrine lui en assigne une beaucoup plus grande. Suivant cette opinion (2), la possession d'état, jointe à l'acte de mariage, élèverait, dans les rapports des conjoints, une fin de non-recevoir, non pas seulement à la demande ou à l'exception de nullité à l'aide de laquelle ils voudraient infirmer l'autorité de cet instrument de preuve, mais encore à une demande en annulation du mariage, fondée sur l'existence des vices de forme dont il serait entaché : quant aux époux du moins, elle aurait la force de couvrir ces vices. C'est ce qu'il nous est très difficile d'admettre (3).

On commet d'abord une confusion manifeste lorsque, pour établir que notre article vise certaines nullités de mariage, on allègue parfois que, « dès qu'un acte quelconque de célébration existe, demander la nullité de cet acte, c'est demander aussi la nullité du mariage ». Est-ce qu'en effet

(1) Cpr. Laurent, III, n. 7; Huc, II, n. 174 s. — Req. rej., 26 juil. 1865, précité.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, quest. 2 et 3 sur l'art. 196; Aubry et Rau, V, § 467, p. 117, n. 27, et p. 118, n. 32; Demolombe, III, n. 328; Toullier, I, n. 598 et 646; Proudhon et Valette, I, p. 442 s.; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 342 s.; Surville, I, n. 189; Beudant, I, n. 280; Gérardin, *Rev. prat.*, 1866, XXI, p. 265 s. — Paris, 13 juin 1836, S., 36. 2. 297, D., 36. 2. 125. — Req. rej., 25 fév. 1839, S., 39. 1. 187, D., 39. 1. 114. — Aix, 14 mai 1857, P., 57. 1069, D., 57. 2. 148. — Req. rej., 8 nov. 1853, S., 56. 1. 17, D., 54. 1. 420 — Paris, 24 avril 1874, S., 75. 2. 49, D., 75. 2. 9. — Bourges, 13 juill. 1891, D., 92. 2. 599. — Aix, 20 déc. 1900, *J. Clunet*, 1903, p. 639. — Cpr. Planiol, I, n. 872; Fuzier-Herman, art. 196, n. 1 s.

(3) Delvincourt, I, p. 73, note 1; Demante, I, n. 278 *bis*, III; Duranton, II, n. 250 et 252; Marcadé, I, art. 196-I, n. 673; Taulier, I, p. 323 et 324; Laurent, III, n. 6; Huc, II, n. 174-178. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 196, n. 16 s.

l'existence d'un droit dépend nécessairement de celle du titre qui est destiné à le constater? Assurément non : s'il en est ainsi pour les actes solennels qui requièrent la confection d'un écrit, il en est différemment pour tous les autres, à l'égard desquels le titre ne peut être exigé tout au plus qu'*ad probationem*. Or le mariage figure précisément dans cette dernière catégorie, et, sauf les difficultés de la preuve, il conserve toute sa valeur, en dehors même de la rédaction de l'acte qui aurait dû régulièrement en constater la célébration. On ne saurait donc conclure d'une observation aussi fausse que notre disposition ait visé pêle-mêle les nullités de l'acte instrumentaire et celles du *negotium* qu'il est destiné à prouver, et prêté à la possession, corroborée par l'acte, la force de couvrir à la fois les unes et les autres.

Avec plus de raison apparente on s'est appuyé sur l'étroite connexité qui existe entre cet acte et la célébration elle-même. « Cet acte, a-t-on observé, formant, en principe, la seule preuve légale de la célébration, le sort du mariage est, d'une manière plus ou moins absolue, attaché à son existence et à sa validité. On comprend dès lors qu'au point de vue des nullités les rédacteurs du Code aient pu, dans certaines dispositions, confondre la célébration elle-même et l'acte instrumentaire destiné à en fournir la preuve, et que, tout en ne mentionnant expressément que cet acte, leur pensée se soit également étendue à la célébration. »

Cette confusion eût été effectivement explicable, sinon justifiée : encore faut-il démontrer qu'elle a été commise, lors de la rédaction de l'art. 196. Or suffit-il de remarquer, à cet effet, que cet article se trouve placé au chapitre *des demandes en nullité de mariage?* Non, puisque les art. 194 et 195, ainsi que les art. 197 à 200, qui l'entourent, ne sont nullement relatifs à la nullité de la célébration. Il n'y a donc pas de motif pour croire que, seule entre toutes, notre disposition particulière s'y réfère, et qu'elle organise une fin de non-recevoir contre l'action en nullité de l'union. Sa place ne prouve à cet égard ni plus ni moins que celle des autres, et l'argument qui s'en prévaut ne montre pas autre chose que le péril des défauts de méthode du législateur.

Si jamais, en effet, pensée fut claire, c'est celle qu'exprime l'art. 196, lorsqu'on ne veut pas l'isoler de ceux qui l'environnent et l'abstraire de la matière à laquelle il est relatif. Les art. 194 et 195 posent le principe que rien, pas même la possession d'état, ne peut dispenser ceux qui se prévalent des effets civils du mariage, de la représentation de l'acte de célébration, c'est-à-dire du titre écrit. Exceptionnellement, et sous des conditions précises, l'art. 197 autorise les enfants, à défaut de cet acte, à invoquer la possession qui appartenait à leurs auteurs. Et les art. 198 à 200 organisent, à leur tour, une procédure destinée à donner aux intéressés les moyens de remplacer l'acte de mariage dont ils ont été privés par fraude ou par négligence. Ainsi, dans chacune de ces dispositions, c'est toujours de l'*instrumentum*, du titre écrit qu'il s'agit, qu'elles en exigent la production ou qu'elles permettent d'y suppléer autrement. C'est encore indubitablement de lui que parle la première partie de l'art. 196, ainsi conçue : « lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté... ». Comment alors supposer sérieusement que, lorsque sa décision se termine ainsi : « les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de *cet acte* », elle se réfère désormais, non plus au titre, mais au fait même de la célébration, non plus à la nullité de l'écrit, mais à la nullité du mariage? Certes, sans faire outrage à personne, il est bien permis de répéter après Demante qu' « il faut vraiment fermer les yeux à la lumière pour ne pas voir qu'il s'agit là uniquement de l'acte écrit ». Et, comme la validité d'un acte est essentiellement distincte de celle du titre qui le constate, de ce que la possession d'état s'oppose à ce que les époux mettent en discussion cette dernière, il ne s'ensuit pas qu'elle leur interdise aussi de faire valoir les vices de forme de la célébration.

Rien ne sert, en présence d'un texte qui prête si peu à l'équivoque, de montrer combien il était rationnel de donner à la possession d'état la force de couvrir ces vices, lorsque du moins elle est corroborée par le titre, puisqu'elle constitue « la publicité du mariage, la notoriété de l'état légitime des

époux, le remède adéquat et topique ». Sans compter qu'elle ne saurait au fond équivaloir à la publicité concomitante à la célébration, puisque, par nature, elle lui est nécessairement postérieure, encore faudrait-il établir que cette force lui a été réellement conférée par la loi, et les auteurs se sont montrés, à cet égard, assez embarrassés dans leurs essais de démonstration.

Pourtant, ont-ils objecté, comment « supposer que le législateur, qui ne s'est occupé, dans aucune autre disposition, de la demande en nullité dirigée contre l'acte de célébration, ait entendu, en établissant la fin de non-recevoir dont parle l'art. 196, la restreindre à une pareille demande »? Mais, pour que cette objection fût péremptoire, il faudrait qu'on pût nier que cette fin de non-recevoir s'applique à cette demande, sans quoi cette disposition conserve, ainsi entendue, une portée très suffisante. Or l'objection émane justement d'auteurs qui ne lui refusent pas cette portée-là, et non de ceux qui ne lui reconnaissent expressément que l'autre! Mais qu'importe, peut-on répondre, que la loi n'ait pas posé de règles explicites relativement à la nullité des actes de l'état civil, si elles n'en existent pas moins, et qu'elles puissent avoir pour résultat de leur enlever toute force probante? Quoique implicite, la consécration de ces règles n'en suffit pas moins pour faire comprendre l'objet d'une disposition qui a été de restituer à ces actes leur autorité, dans une certaine hypothèse.

1951. Du reste, si on admettait, contrairement à notre opinion, que la possession d'état puisse, en s'appuyant sur un acte, couvrir dans les rapports des époux les vices mêmes de la célébration, il n'y aurait pas à distinguer, comme certains l'ont proposé, suivant qu'ils résulteraient de sa clandestinité ou de l'incompétence de l'officier de l'état civil (1). D'une part, le texte n'exclurait pas ce dernier cas, car ce

(1) Aubry et Rau, V, § 467, p. 118, n. 30; Demolombe, III, n. 328; Valette sur Proudhon, I, p. 443, note *a*, et *Expl. somm.*, p. 112; Marcadé, I, art. 196-I, n. 673. — Aix, 20 déc. 1900, *J. Clunet*, 1903, p. 639. — *Contra :* Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, art. 196, quest. 2 et 3; Proudhon, *loc. cit.;* Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 343. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 196, n. 10 s. — Trib. Seine, 2 juill. 1872, S., 72. 2. 248.

n'est pas parce qu'il parle, comme on l'a observé non sans subtilité, de célébration « devant l'officier », qu'il suppose qu'il y a été procédé par celui-là même qui était compétent : il entend par là dénier toute autorité à l'acte qui serait reçu par une personne absolument sans qualité. Et, d'autre part, il serait assez rationnel que la possession d'état, en donnant de la publicité au mariage et en prouvant la liberté du consentement des époux, pût suppléer à la compétence de l'officier public, dont la désignation avait précisément pour objet d'assurer tout cela.

Mais la possession d'état serait, au contraire, bien évidemment impuissante à couvrir les nullités de fond du mariage (1). Outre qu'il n'y a aucune corrélation entre elle et les vices dont ces nullités procèdent, le texte même de l'art. 196 s'y opposerait, puisqu'il ne parlerait tout au plus que de la nullité de « l'acte de célébration ». C'est donc à tort que, à toutes les critiques dont le système que nous avons repoussé est susceptible, M. Laurent ajoute qu'il est encore arbitraire, lorsqu'il distingue entre les diverses causes de nullité. A vrai dire, il est assez vulnérable pour qu'on n'aille pas l'attaquer sur les points où il peut le mieux se défendre.

1952. Quoi qu'il en soit de sa force, cette fin de non-recevoir est généralement considérée comme concentrant la sienne dans les rapports des deux époux. D'abord l'expression « respectivement » de l'art. 196 ne saurait avoir d'autre signification, car ce n'est pas raisonnablement l'expliquer que lui prêter pour objet de montrer que cette fin de non-recevoir est opposable tant par le mari que par la femme, ce qui est de toute évidence. Ensuite il est juste que la possession d'état ne produise ses effets qu'à l'égard des conjoints, dont elle est principalement, sinon exclusivement, l'œuvre propre. Vainement objecte-t-on que la famille et le public se sont associés à cette œuvre : au fond, ils n'ont fait que reconnaître le titre que les époux s'étaient donné à eux-mêmes, et enregistrer un

(1) Cf. note précédente; Duranton, II, n. 252; Toullier, I, n. 598; Delvincourt, I, p. 72, note 1; Fuzier-Herman, art. 196, n. 12 s. — Paris, 1er août 1818, S., 19. 2. 63, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 524. — Cpr. Req. rej., 25 fév. 1839, S., 39. 1. 187, D., 39. 1. 114. — Req. rej., 26 juill. 1865, S., 65. 1. 393, D., 65. 1. 493.

aveu dont les conséquence doivent rester personnelles comme lui. Et comment pourrait-il dépendre des intéressés de couvrir les vices du seul instrument de preuve dont ils soient admis à se prévaloir à l'égard des tiers (1) ?

1953. Les héritiers ou ayant-cause d'un époux ne sauraient donc se voir opposer cette fin de non-recevoir par l'autre conjoint, car ils sont bien, sous ce rapport, dans la situation de tiers véritables. En contestant l'existence du mariage dont la preuve régulière n'est pas rapportée, ils défendent des droits dont il n'était pas au pouvoir de leur auteur de les priver, par une usurpation des attributs de l'union légitime.

Mais il semble bien, au contraire, conformément à l'avis de Demante (2), qu'ils pourraient eux-mêmes invoquer contre l'autre époux cette fin de non-recevoir, quoiqu'elle ne leur soit pas opposable. Ils représentent alors leur auteur dans ses rapports avec son conjoint, et il n'y a point de raison pour que, du coup, la possession d'état devienne, à l'égard de celui-ci, inopérante, car la force de l'aveu qu'elle contient ne disparaît pas avec l'une des parties dont il émane.

II. *Exceptions au principe.*

1954. Le principe de l'art. 194 souffre trois exceptions. Par dérogation à celui-ci, le mariage ne doit plus, dans ces trois circonstances, être nécessairement prouvé par un acte inscrit sur les registres de l'état civil.

1955. Première exception. — Cette première exception ressort des termes mêmes de cet article, qui réserve formellement l'application de l'art. 46, pour les cas où les registres n'ont pas été tenus ou ont été perdus et autres hypo-

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, quest. 3 sur l'art. 196; Aubry et Rau, V, § 467, p. 118, n. 31; Demolombe, III, n. 327; Demante, I, n. 278 *bis*, I; Toullier, I, n. 646; Marcadé, I, art. 196-II, n. 674; Planiol, I, n. 870; Allemand, I, n. 527; Fuzier-Herman, art. 196, n. 19 s. — Lyon, 4 avril 1867, S., 67. 2. 290. — *Contra* : Huc, II, n. 178; Beudant, I, n. 280; Mourlon, *Répét. écrites*, I, n. 711; R. Bufnoir, *Autor. de la chose jugée sur l'état des pers.*, 1893 (Thèse, Paris), p. 116; Gérardin, *loc. cit.*, p. 274 s.

(2) *Loc. cit.*

thèses qui doivent leur être assimilées. Elle a été déjà étudiée (1).

Il faut observer toutefois que, lorsque la preuve testimoniale du mariage est admise en conformité de cette disposition, cette preuve doit porter directement sur le fait de la célébration, seul susceptible d'établir l'existence de ce mariage. Par une nouvelle conséquence de l'art. 195, il ne suffirait pas de prouver de la sorte que les époux ont joui de la possession d'état (2).

1956. Deuxième exception. — Celle-ci est contenue dans l'art. 197, lequel est ainsi conçu: « *Si néanmoins, dans le cas* » *des art. 194 et 195, il existe des enfants issus de deux indi-* » *vidus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et* » *qui soient tous deux décédés, la légitimité des enfants ne* » *peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de repré-* » *sentation de l'acte de célébration, toutes les fois que cette* » *légitimité est prouvée par une possession d'état qui n'est* » *point contredite par l'acte de naissance.* »

Cette exception a été directement inspirée par la faveur due à la filiation légitime. L'application du principe de l'art. 194 peut être fort dure, sinon pour les époux, auxquels il n'est permis ni d'ignorer le lieu où ils se sont mariés, ni de décliner toute responsabilité au sujet des irrégularités qui ont pu être commises dans leur acte de mariage, du moins pour les tiers, intéressés à se prévaloir des effets civils de leur union. Rien ne les oblige à connaître et ne leur permet de savoir avec certitude l'endroit où elle a été célébrée; et, d'autre part, on ne saurait leur imputer aucune des négligences qui ont pour résultat de destituer l'instrument de preuve de son autorité naturelle. Mais, quoiqu'ils puissent être placés par là dans l'impossibilité de le découvrir ou de l'invoquer lorsqu'ils l'ont découvert, le principe ne devait pas moins être maintenu quant à eux, sous peine de ruiner les bases et de détruire

(1) Cf. tome II, n. 847 s. — Aubry et Rau, V, § 452 *bis*, p. 18, n. 14; Demolombe, III, n. 391; Marcadé, I, art. 46, n. 240 s.; Planiol, I, n. 876 s.; Surville, I, n. 187; Vazeille, I, n. 197 s.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. V, § 2, n. 8 s.; Aubry et Rau, V, § 452 *bis*, p. 18, n. 16.

l'objet de l'organisation de l'état civil. Et toutefois il n'a pas paru qu'on dût s'y tenir encore à l'égard des enfants issus du commerce de deux personnes qui, de leur vivant, avaient la possession d'état d'époux légitimes, mais qui sont toutes deux décédées, lorsque leur descendance se voit contester une légitimité qui n'est pourtant pas contredite par l'acte de naissance. La légitimité des enfants présupposant celle de l'union de leurs auteurs, il leur eût été interdit de l'établir, au cas où ils auraient ignoré le lieu où le mariage a été contracté. Leurs parents morts, ils n'auraient pu l'apprendre le plus souvent que des membres de la famille, précisément intéressés à le leur cacher (1). C'est pourquoi la loi est venue à leur secours, en les dispensant de prouver par un acte régulier, en dehors même des cas de l'art. 46 (2), la réalité du mariage que la double possession d'état de leurs auteurs et d'eux-mêmes rend, après tout, des plus vraisemblables. Au surplus, cette notable dérogation au principe avait été déjà consacrée par notre ancienne jurisprudence (3).

1957. Etant donnés son fondement et son caractère, l'art. 197 ne saurait donc être invoqué par les tiers, intéressés à se prévaloir des effets d'un mariage après la mort des conjoints : cette mort ne change rien, en droit, à la situation de ces tiers, quoiqu'elle puisse leur rendre, en fait, plus difficile la recherche de l'acte de célébration. Seuls les enfants des époux bénéficient de la dérogation écrite en leur faveur (4). Et toutefois il faut, en même temps qu'eux, en faire profiter tous ceux qui, comme leurs propres descendants ou leurs héritiers, se réclament de la légitimité qui leur appartenait à eux-mêmes : ce sont toujours les mêmes intérêts qu'il s'agit de sauvegarder, ou, pour mieux dire, ce sont l'intérêt et le droit des en-

(1) Portalis, *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 516 et 517, n. 55; *Disc. au C. d'Et., eod. loc.*, p. 420 s., n. 20.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. 1, § 2, quest. 10 sur l'art. 197; Aubry et Rau, V, § 452 *bis*, p. 19, n. 20; Laurent, III, n. 8; Fuzier-Herman, art. 197, n. 8. — Req. rej., 8 mai 1810, S., 10. 1. 239, D., *Rép.*, v° *Paternité*, n. 321. — Nîmes, 18 juin 1860, S., 61. 2. 325, D., 61. 2. 182.

(3) *Nouv. Denizart*, VIII, v° *Ques!. d'état*, § 2; Cochin, *Œuvres* (éd. de 1821), II, p. 24.

(4) Cpr. Trib. Seine, 8 mai 1903, S., 1906. 2. 181.

fants qui se trouvent encore en cause, en la personne de ceux qui les représentent (1).

1958. La faveur faite aux enfants par l'art. 197 est subordonnée à la réunion de quatre conditions :

1° Leurs auteurs doivent être tous deux décédés. Sinon il est possible aux réclamants d'obtenir d'eux, ou tout au moins du survivant, l'indication du lieu où leur union a été célébrée.

1959. Toutefois, comme il y a pareille impossibilité de se procurer ce renseignement quand les parents ne peuvent pas le fournir, par suite de leur état d'absence ou de l'altération de leurs facultés mentales, on assimile, en général, ces deux circonstances à leur mort, et on les considère dès lors comme donnant lieu à l'application de notre disposition (2). Il est vrai qu'elle n'est point susceptible, à raison de son caractère exceptionnel, d'être étendue en dehors de ses termes. Mais il n'est pas défendu de penser qu'en prévoyant le décès des époux, comme le plus ordinaire des faits qui peuvent priver les enfants du moyen de se renseigner, le législateur n'a pas entendu exclure tous les autres, dont le résultat peut être, en somme, absolument identique. Ce n'est pas, en effet, parce que la démence peut n'être que temporaire et l'absence n'être que simulée, qu'il eût été juste de réduire nécessairement les enfants aux modes de preuve du droit commun, ce qui eût pu équivaloir à les dépouiller de leur légitimité. Est-ce qu'il n'appartient pas, du reste, au juge d'apprécier l'impossibilité dans laquelle la situation des parents place les enfants de rapporter la preuve du mariage ? Et les garanties de la décla-

(1) Aubry et Rau, V, § 452 *bis*, p. 18 et 19, n. 18; Demolombe, III, n. 392; Demante, I, n. 279 *bis*, I; Fuzier-Herman, art. 197, n. 1. — Nîmes, 18 juin 1860, précité. — Civ. rej., 28 fév. 1872, S., 72. 1. 97 et note, D., 72. 1. 97, note de M. Giboulot.

(2) Demolombe, III, n. 394-396; Demante, I, n. 279 *bis*, III; Toullier, II, n. 877; Duranton, II, n. 255; Valette sur Proudhon, II, p. 73, note *a*, II; Delvincourt, I, p. 73, note 7; Marcadé, I, art. 197-II, n. 677; Laurent, III, n. 10; Vazeille, I, n. 214; Allemand, I, n. 440; Bonnier, *Des preuves*, n. 198. — Cpr. Planiol, I, n. 873; Surville, I, n. 189. — *Contra :* Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. I, § 2, quest. 2 et 3 sur l'art. 197; Aubry et Rau, V, § 452 *bis*, p. 19, n. 21; Taulier, I, p. 325 et 326; Richefort, I, n. 80; Huc, II, n. 179. — Toulouse, 24 juin 1820, S., 20. 2. 280, D., *Rép.*, v° *Paternité*, n. 315. — Paris, 21 juin 1853, S., 53. 2. 375, D., 55. 2. 311. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 197, n. 10 s.

ration d'absence ne sont-elles pas suffisantes à déjouer la fraude singulière dont on prête la pensée aux époux ?

Il se pourrait, à la vérité, que le retour ou la guérison de ces derniers vînt démontrer, par la suite, que leurs descendants ont joui à tort du bénéfice de l'art. 197. Mais il semble qu'on ne doive rien conclure de cette remarque, sinon que les adversaires des enfants seraient admis à réserver leurs droits, en vue de ces éventualités, de telle sorte que l'état de ces enfants ne serait reconnu qu'à titre provisoire, ou bien plutôt qu'il pourrait être remis en question, si elles se réalisaient. Vaudrait-il mieux, pour éviter une incertitude de nature à planer un certain temps sur cet état, s'exposer à leur en assigner un autre, que leur possession d'état, jointe à celle de leur auteur, rendrait moins vraisemblable ?

1960. Mais du moins faut-il qu'il y ait pour les enfants impossibilité absolue de s'adresser à leurs père et mère, pour apprendre d'eux le lieu où ils se sont mariés. Or tel n'est pas le cas, quoi qu'on ait dit, lorsque le survivant nie lui-même qu'il y ait eu mariage, et conteste la légitimité de ceux qui s'en prétendent issus. On se trouve alors aussi bien en dehors de l'esprit que du texte de la loi (1). Le refus du survivant de répondre à la demande de renseignements qui lui est faite, ou ses dénégations, si intéressées qu'elles puissent être, ne sauraient équivaloir à l'impossibilité de sa part de donner l'indication qu'on lui réclame. Et la preuve en est qu'on se borne à dire, en faveur des enfants, que ses affirmations peuvent être mensongères, ce qui implique que sa déclaration pourrait tout aussi bien, s'il le voulait, être conforme à la vérité. La question revient donc à savoir si le législateur a tenu compte, dans l'art. 197, au profit des enfants, de la possibilité d'une opposition d'intérêts susceptible de dicter à l'un de leurs auteurs des réponses qui leur seraient défavorables. Or, ainsi posée, elle doit être résolue par la négative,

(1) Demolombe, III, n. 397; Demante, I, n. 279 *bis*, IV; Valette sur Proudhon, *loc. cit.*; Delvincourt, *loc. cit.*; Marcadé, I, art. 197-II, n. 677; Laurent, III, n. 9; Huc, II, n. 179 et 180; Planiol, I, n. 873. — Toulouse, 24 juill. 1826, S., 27. 2. 224, D., 32. 2. 1. *Contra :* Duranton, II, n. 254; Allemand, I, n. 439. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 197, n. 14.

en présence, à la fois, de notre texte et de ce qu'une pareille supposition aurait de contraire à l'affection désintéressée que la loi prête toujours aux ascendants pour leur postérité.

1961. 2° Les deux auteurs doivent avoir vécu publiquement comme mari et femme, c'est-à-dire avoir eu la possession d'état d'époux (1). Cette condition étant, comme il ressort de notre disposition, entièrement distincte de la suivante, les enfants ne sauraient se dispenser de prouver l'existence de cette possession, sous prétexte qu'ils ont joui eux-mêmes des attributs de la légitimité. Comment échapperaient-ils à cette obligation, alors que seule cette possession d'état les autorise, comme le montrent les premiers mots de l'article, qui annoncent une dérogation à l'art. 195, à s'affranchir des modes de preuve du droit commun (2)?

1962. 3° Les réclamants doivent avoir eux-mêmes la possession d'état d'enfants légitimes. C'est elle que requiert certainement l'art. 197, lorsqu'il interdit de contester cet état, les autres conditions supposées remplies, « toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état qui n'est point contredite par l'acte de naissance ». Ce dernier acte, qui n'a tout au plus pour objet que de prouver leur filiation, n'est susceptible, en effet, d'être contraire par ses énonciations qu'à l'état qu'ils possèdent eux-mêmes, et non à celui de leurs auteurs, qu'il n'a pas mission de constater. Et nulle exigence, au reste, n'était plus rationnelle, puisque leur possession propre corrobore celle des époux et rend la prétention des enfants encore plus vraisemblable (3).

(1) Merlin, *Rép.*, *loc. cit.*, quest. 5; Aubry et Rau, V, § 452 *bis*, p. 19, n. 22 et 23; Demolombe, III, n. 398; Laurent, III, n. 11; Planiol, I, n. 875; Surville, I, n. 189; Fuzier-Herman, art. 197, n. 20 et 24 s. — Pau, 9 mai 1829, S., 30. 2. 57, D., 30. 2. 98. — Req. rej., 19 mai 1830, S., 30. 1. 217, D., 30. 1. 249. — Civ. rej., 7 fév. 1860, S., 60. 1. 529, D., 60. 1. 126.

(2) Merlin, *loc. cit.*, quest. 7; Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 23; Demolombe, III, n. 398; Delvincourt, I, p. 73, note 9; Planiol, I, n. 874-1°; Vazeille, I, n. 211 et 212; Fuzier-Herman, art. 197, n. 5 et 18 s. — Civ. cass., 19 juin 1867, S., 67. 1. 345, note de M. Labbé, D., 67. 1. 312. — Civ. cass., 18 mars 1868, S., 68. 1. 205, D., 68. 1. 229. — Lyon, 28 mai 1869, S., 70. 2. 14, D., 70. 2. 71. — Cpr. Civ. rej., 7 mai 1873, S., 73. 1. 309, D., 73. 1. 303.

(3) Merlin, *loc. cit.*, quest. 8; Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 24; Demolombe, *loc. cit.*; Toullier, II, n. 817; Duranton, II, n. 253; Laurent, III, n. 11; Planiol, I,

1963. La preuve de cette double possession d'état doit être fournie directement. Elle ne saurait résulter, en ce qui concerne les époux pas plus qu'en ce qui touche les enfants, de la mention de l'acte de naissance de ces derniers qui les qualifierait de légitimes. C'est à tort que Portalis a, dans l'exposé des motifs (1), affirmé le contraire. D'un côté, en effet, cette mention est d'autant moins susceptible d'établir la possession d'état des parents que l'acte de naissance n'a pas pour objet de prouver leur mariage, et qu'elle pourrait être d'ailleurs mensongère. Et, d'un autre côté, cet acte est tout aussi impuissant à établir, par lui-même, la légitimité des enfants, lorsqu'il n'est pas préalablement appuyé, ce qui est le cas, de l'acte de mariage de leurs auteurs : la preuve en est que, si notre disposition exige qu'il ne contredise par leur possession d'état, elle ne lui donne nullement la force de la suppléer (2).

1964. Mais, d'ailleurs, cette preuve pourrait être administrée, puisqu'elle ne porte que sur de simples faits, tant par témoins que par titres, le Conseil d'Etat ayant supprimé la disposition du projet d'après laquelle la possession d'état aurait dû être constatée, « soit par des actes authentiques, soit par des actes privés, émanés de ceux qui contestent l'état des enfants » (3).

1965. 4° Il faut enfin, mais il suffit, que la possession d'état des enfants ne soit pas contredite par leur acte de naissance. Il n'est donc pas nécessaire, ainsi que l'exigeait, conformément à l'ancien droit (4), la rédaction à laquelle le Conseil

n. 874-1°; Surville, I, n. 189; Fuzier-Herman, art. 197, n. 18 s. — Paris, 11 mai 1816, S., 17. 2. 44, D., *Rép.*, v° *Paternité*, n. 328. — Paris, 23 fév. 1822, S., 22. 2. 183, D., *Rép.*, *loc. cit.*, n. 312.

(1) Locré, *Lég.*, IV, p. 517, n. 55.

(2) Merlin, *loc. cit.*, quest. 6; Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 26; Demolombe, III, n. 400; Toullier, II, n. 877; Valette sur Proudhon, II, p. 72, note *a*, I; Laurent, III, n. 12; Vazeille, I, n. 210 et 211; Fuzier-Herman, art. 197, n. 4 et 27 s. — Aix, 28 mai 1810, S., 11. 2. 227, D., *Rép.*, v° *Paternité*, n. 326. — Paris, 9 mars 1811, S., 11. 2. 95, D., *Rép.*, *loc. cit.*, n. 320. — Req. rej., 10 juill. 1823, S., 24. 1. 261, D., *Rép.*, *loc. cit.*

(3) Locré, *Lég.*, p. 410, art. 16, et p. 420 s., n. 20; Aubry et Rau, *loc. cit*, n. 26; Demolombe, III, n. 399; Fuzier-Herman, art. 197, n. 21 s.

(4) *Nouv. Denizart*, VIII, v° *Quest. d'état*, § 2, n. 3.

d'État s'était d'abord arrêté (1), que la possession d'état soit appuyée et confirmée par cet acte : suivant la judicieuse observation de Cambacérès, il se pourrait, en effet, qu'il fût aussi difficile aux enfants de rapporter leur acte de naissance que l'acte de mariage de leurs parents. Et cette observation montre qu'ils ne sont même pas tenus de représenter cet acte de naissance (2). Bien mieux, il ne nous paraît pas non plus indispensable qu'ils justifient, comme certains (3) leur en imposent l'obligation, qu'ils n'ont pas été inscrits à leur naissance sur les registres de l'état civil ou que le lieu où ils sont nés leur est inconnu. Cette condition, qu'il pourrait leur être impossible de remplir, si on en exigeait l'accomplissement rigoureux, car, s'ils peuvent ignorer quelle était la résidence de leurs auteurs à l'époque de leur naissance, on ne voit pas comment il leur serait permis d'établir positivement cette ignorance, ne leur est imposée par aucun texte. Et c'est à ceux qui contredisent leurs dires à produire les actes contraires à la prétention des réclamants. Ainsi le veut le caractère purement négatif de cette quatrième et dernière condition.

Du reste elle devrait être réputée remplie, non seulement dans le cas où l'acte ne déterminerait pas la nature de la filiation de l'enfant et ne lui reconnaîtrait pas expressément la qualification de légitime, mais même dans celui où il aurait été simplement déclaré comme né de père et mère inconnus, car rien n'empêche, quoique leurs noms n'aient pas été révélés, que ces deux auteurs ne soient unis en légitime mariage. Mais il y aurait évidemment contradiction formelle à la possession d'état, et par suite à la prétention de l'enfant, s'il avait été qualifié de naturel dans son acte de naissance (4).

(1) Locré, *Lég.*, IV, p. 420 s., n. 20; p. 432, art. 41; p. 469 et 470, n. 4-6.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 20, n. 25; Demolombe, III, n. 401; Demante, I, n. 279 *bis*, V; Duranton, II, n. 253; Delvincourt, I, p. 73, note 10; Laurent, III, n. 13; Huc, II, n. 179; Planiol, I, n. 874-2°; Fuzier-Herman, art. 197, n. 34. — Agen, 18 mai 1842, S., 42. 2. 541. — Toulouse, 4 juill. 1843, S., 44. 2. 398. — *Contra :* Toullier, II, n. 877, note 2. — Cpr. Civ. cass., 19 juin 1867, précité.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, *loc. cit.*

(4) Merlin, *loc. cit.*, quest. 6 ; Aubry et Rau, V, § 452 *bis*, p. 20, n. 25 ; Demolombe, III, n. 401 ; Duranton, II, n. 253, et III, n. 110 ; Delvincourt, I, p. 73, note 10 ; Valette sur Proudhon, II, p. 72, note *a ;* Taulier, I, p. 325 ; Laurent, *loc.*

1966. Lorsque ces quatre conditions sont réunies, la légitimité des enfants ne peut être contestée, suivant les termes mêmes de l'art. 197, « sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration » du mariage de leurs parents. C'est dire qu'elles tiennent lieu de cet acte lui-même (1).

Que leur légitimité puisse donc être contestée sur le fondement de l'existence d'un empêchement dirimant qui s'opposait à la validité de l'union de leurs auteurs, ou qu'elle soit susceptible de l'être à raison de la naissance tardive des réclamants (art. 315), c'est ce qui ne saurait être douteux : sans quoi la situation des enfants serait meilleure que si un acte de mariage régulier était représenté (2). En d'autres termes, la validité du mariage n'est nullement présumée, en faveur de ceux qui invoquent l'art. 197, dans l'impossibilité où ils sont de produire un acte qui le prouve, pas plus qu'elle n'est préjugée par la production de cet acte. Cette disposition ne s'occupe que d'une question de preuve, et se borne à dire qu'on ne peut dénier le bénéfice de la légitimité à ceux qui s'en prévalent, « sous ce seul prétexte » qu'ils n'ont pas en leur faveur de titre régulier, ce qui donne assez à entendre qu'il continue à être permis de le leur contester par d'autres moyens.

1967. Pour les mêmes motifs il n'est pas interdit, en dépit de la réunion de ces conditions, de mettre en doute l'existence du mariage. Par suite c'est avancer une proposition au moins suspecte que dire (3) qu'on n'est plus admis à démontrer

cit.; Planiol, I, n. 874-2°; Fuzier-Herman, art. 197, n. 31 s. — Agen, 18 mai 1842, précité. — *Contra :* Toullier, II, n. 877, note 2.

(1) Demolombe, III, n. 402; Laurent, III, n. 14; Huc, II, n. 181; Planiol, I, n. 875; Fuzier-Herman, art. 197, n. 36. — Req. rej., 8 mai 1810, S., 10. 1. 239, D., *Rép.*, v° *Paternité*, n. 321.

(2) Merlin, *loc. cit.*, quest. 9; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 21, n. 30; Demolombe, III, n. 403; Demante, I, n. 279 *bis*, II; Toullier, II, n. 878 et 879; Duranton, III, n. 111; Delvincourt, I, p. 73, note 11; Marcadé, I, art. 197-III, n. 679; Richefort, I, n. 84; Laurent, *loc. cit.*; Huc, II, n. 181; Planiol, I, n. 875. — Douai, 8 mars 1845, S., 45 2. 321, note de M. Devilleneuve, D., 45. 2. 163. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 197, n. 35 et 41 s. — Req. rej., 7 avril 1869, S., 69. 1. 250, D., 69. 1. 449.

(3) Huc, *loc. cit.*

que « le mariage n'existe pas ». Et comment ne le pourrait-on plus, en un cas où la preuve n'en est pas rapportée d'une façon régulière, alors qu'on le pourrait, en présence d'un acte parfaitement en règle ? Il y a ici une confusion contre laquelle on doit se mettre en garde. C'est le fait seul de la célébration qui est tenu pour constant dès que nos conditions sont remplies : elles équipollent à l'acte de mariage qui était destiné à le constater. Quant à l'existence du mariage, elles ne la prouvent pas plus que cet acte lui-même, ou, pour parler plus exactement, elles l'établissent moins encore, puisqu'il n'y a pas, pour la contester, comme on doit le faire parfois en présence d'un titre régulier, à prendre la voie de l'inscription de faux. Et, par exemple, on peut soutenir que l'union est inexistante, soit parce que les consentements nécessaires à sa formation ont fait défaut, soit parce que les parties n'ont pas été formellement unies, au nom de la loi, par l'officier de l'état civil, soit enfin parce qu'il n'y a eu qu'un simulacre de célébration devant une personne dépourvue de toute qualité pour y procéder.

1968. Ces propositions paraissent d'ailleurs avoir reçu, en général, l'adhésion de la doctrine (1). La difficulté réelle consiste à déterminer comment les adversaires des enfants doivent faire la preuve qui est à leur charge, lorsqu'ils prétendent établir, non pas la nullité du mariage, auquel cas ils l'administrent suivant les règles ordinaires, mais son inexistence, à raison de l'irrégularité de la célébration ou même de l'impossibilité où l'on a été d'y procéder.

Cette preuve devrait être évidemment considérée comme faite, s'ils démontraient l'existence de faits par eux-mêmes exclusifs de la possibilité de cette célébration ou tout au moins de sa régularité. Mais MM. Aubry et Rau (2) ont bien raison de déclarer une pareille preuve « à peu près impossible à administrer ». Résulterait-elle nécessairement, par exemple, suivant l'hypothèse de Demante, de ce qu'on aurait établi le

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 21, n. 28; Demolombe, III, n. 404; Demante, *loc. cit.*; Toullier, II, n. 880; Marcadé, *loc. cit.*; Planiol, I, n. 875; Vazeille, I, n. 212; Allemand, I, n. 444; Fuzier-Herman, art. 197, n. 41 s.

(2) *Loc. cit.*

décès de l'un des futurs avant le jour où, d'après la publication, le mariage devait avoir lieu? Non, puisqu'en définitive il se pourrait que cette époque eût été avancée et qu'on n'eût pas attendu l'expiration du délai de la publication. Résulterait-elle davantage de ce qu'il serait démontré que l'un des prétendus époux était dans un état absolu de démence, au moment où l'on suppose qu'il a contracté mariage? Mais comment même tenter cette démonstration, alors qu'on ne sait pas et qu'on se garde d'alléguer le moment précis où la célébration est intervenue, et que partant il faudrait prouver que le dément n'a jamais joui, ne fût-ce qu'un court instant, d'un intervalle lucide? La vérité, que M. Demolombe (1) dissimule en donnant au juge un pouvoir d'appréciation qui ne devrait pas, dans sa thèse, lui appartenir, mais que confessent d'autres auteurs, plus attachés aux principes juridiques, est que, si, comme ils le pensent, la preuve devait être absolument directe et exclusive de la possibilité d'une célébration régulière du mariage, il ne serait pas permis aux adversaires des réclamants d'y arriver (2), et d'enlever ainsi à ces derniers le bénéfice d'une légitimité que les faits les plus positifs rendraient tout à fait invraisemblable.

1969. Mais cette preuve leur est-elle réellement imposée? C'est ce qu'avec M. Laurent (3) nous ne pensons pas. D'abord cette exigence aurait été injustifiable. Que l'ensemble des conditions requises par l'art. 197 suppléé, en faveur des enfants, à l'acte de mariage qu'ils n'ont pas eu moyen de se procurer, rien de mieux. Mais serait-il juste qu'elles rendissent leur légitimité moins facilement contestable que si elle s'appuyait sur cet acte même? Et serait-il conforme au bon sens de tenir la régularité d'une célébration dont rien n'établirait directement la réalité, comme plus probable que si l'acte attestait au moins le fait de la célébration, ou, pour mieux dire, comme si probable même qu'en fait il serait impossible de détruire cette vraisemblance? C'est cependant à ce double

(1) III, n. 405.

(2) Cf. cep. Douai, 8 mars 1845, S., 45. 2. 321, note de M. Devilleneuve, D., 45. 2. 163.

(3) III, n. 15. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 197, n. 37 s.

résultat que conduit l'opinion commune, puisqu'elle fait aux adversaires des enfants une situation telle qu'ils ne doivent pas espérer démontrer que les solennités du mariage civil n'ont pas été observées, alors que, mis en présence d'un acte régulier, cette preuve ne leur serait pas restée impossible. Mais comment une simple probabilité, qui reste telle tant qu'on ne prétend prouver le mariage que par le mode ordinaire, arriverait-elle, dans le cas de l'art. 197, à équivaloir presque à une certitude? A ce compte, cette disposition risquerait beaucoup plus, surtout dans les grands centres, de favoriser le concubinage que la légitimité.

En droit, cette exigence ne nous paraît pas mieux fondée. Ce n'est pas que nous contestions que cet article établisse une véritable présomption de légitimité en faveur de ceux qui sont admis à s'en réclamer. Et M. Laurent (1) a tort de nier qu'il y ait ici induction d'un fait connu à un fait inconnu. Evidemment, c'est sur le fondement de la double possession d'état dont l'existence est reconnue, que la loi suppose celle du mariage, et, par voie de conséquence, la légitimité de ceux qui sont issus du commerce des époux présumés. Mais la question n'est pas là : il s'agit de savoir comment peut être combattue cette présomption, qui, de l'aveu de tous, n'est pas irréfragable. Or pourquoi ne pourrait-elle pas l'être comme toute autre présomption de même nature, et pourquoi faudrait-il que les faits à l'aide desquels on prétend la détruire fussent directement et absolument exclusifs de la réalité de ceux qu'elle suppose? Sans doute elle ne devrait pas être trop facilement considérée comme renversée par les faits qu'on lui oppose, et le juge ne devrait la tenir pour telle, sous peine de se mettre en contradiction avec la loi, que tout autant que ces faits rendraient la célébration ou sa régularité plus invraisemblables encore que ceux sur lesquels elle s'appuie ne la rendent probable. Mais, sous cette réserve, nous ne voyons pas pourquoi ils devraient être à ce point décisifs et péremptoires qu'ils fussent exclusifs de la possibilité ou de la régularité de cette célébration. Est-ce donc qu'on se montre aussi rigoureux envers

(1) III, n. 14.

celui, par exemple, qui se prévaut d'une erreur de droit pour échapper à la présomption que nul n'est censé ignorer la loi ? Et quel motif y aurait-il de se montrer plus sévère envers les personnes qui luttent contre celle de l'art. 197, alors que, à l'être trop, on retomberait dans le péril que les dispositions de principe des art. 194 et 195 ont eu précisément pour objet d'éviter ?

Vainement objecte-t-on que notre présomption légale « doit protéger les enfants aussi efficacement qu'un acte même de célébration régulier qu'ils représenteraient ». Tel est bien son effet, jusqu'à ce qu'on la combatte ; mais il reste à savoir quel est, de ce moment, son degré de résistance, et si elle ne tombe pas devant une vraisemblance contraire, lorsqu'on prouve, par exemple, que la seule célébration qui soit connue de tous, et que les époux aient jusqu'à leur décès considérée comme ayant créé le lien matrimonial, était dépourvue de toute valeur. Or la situation ne peut plus être alors, en droit, ce qu'elle serait si un acte régulier était représenté, et cela tout simplement parce que les circonstances de fait sont, dans les deux cas, différentes : elles n'ont pas empêché, par hypothèse, dans l'un, qu'un acte fût dressé, tandis que, dans l'autre, le défaut de représentation de cet acte peut justement s'expliquer par l'absence complète ou l'irrégularité de la célébration. Ce qui est vrai, c'est que, comme ce défaut serait également susceptible de s'expliquer d'une autre manière, il est nécessaire que ceux qui s'efforcent de renverser la présomption légale montrent que les vraisemblances lui sont réellement contraires, et que le juge, de son côté, use de prudence dans l'appréciation des faits articulés.

Ainsi, s'il faut admettre que la preuve qui est à leur charge ne résulte nécessairement, ni de la déclaration des père et mère qu'il n'y a pas eu de célébration (1), car cette déclaration peut être mensongère, ni de la production d'un acte irrégulier de célébration (2), car il se pourrait qu'on eût de nouveau fait

(1) Montpellier, 4 fév. 1824, S., 25. 2. 118, D., *Rép.*, v° *Paternité*, n. 334. — Toulouse, 4 juil. 1843, S., 44. 2. 398. — Cpr. Paris, 11 mai 1816, S., 17. 2. 44, D., *Rép.*, v° *Paternité*, n. 328. — Bordeaux, 28 janv. 1835, S., 35. 2. 313, D., 35. 2. 111.

(2) Paris, 18 déc. 1837, S., 38. 2. 113, D., 38. 2. 177. — Req. rej., 11 août 1841, S., 41. 1. 616, D., 41. 1. 330. — Cpr. Demolombe, III, n. 404 et 405.

régulièrement procéder à celle-ci, ni enfin de la simple représentation d'un acte de bénédiction nuptiale (1), car celle-ci aurait pu être suivie du mariage civil, il faut décider aussi, selon nous, et contrairement à l'opinion générale, que cette preuve pourrait ressortir, d'une façon suffisante, de l'un quelconque de ces faits, étant données toutes les autres circonstances de la cause, sans cependant qu'ils fussent exclusifs de la possibilité d'une célébration régulière. Et, notamment, la déclaration des parents pourrait être corroborée par des témoignages qui en établiraient la sincérité, en prouvant qu'au vu et au su de tout le monde ceux ci n'avaient jamais contracté mariage. Ou bien il pourrait être démontré que l'acte produit a toujours été considéré, malgré son irrégularité ou même son caractère informe, comme le seul titre de légitimité de leur union, par ceux-là mêmes qu'il présentait comme mariés (2).

1970. TROISIÈME EXCEPTION. — Cette exception ressort de l'art. 198, aux termes duquel : « *Lorsque la preuve d'une célébration légale du mariage se trouve acquise par le résultat d'une procédure criminelle, l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil assure au mariage, à compter du jour de sa célébration, tous les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants issus de ce mariage.* »

A tous ceux qui sont intéressés à se prévaloir des effets civils du mariage, la loi a offert, lorsqu'une infraction à la loi pénale les a privés de l'acte qui en constitue la seule preuve régulière, un moyen particulier de suppléer à l'absence ou à l'altération de cet acte. Ce moyen, c'est la reconstitution à laquelle permet d'aboutir la procédure qui a pour objet, soit la poursuite de l'infraction, soit la réparation du préjudice tout spécial que cette infraction a causé. Quoi de plus légitime, en effet, que d'autoriser ceux qui souffrent d'une suppression qui ne leur est pas imputable, à invoquer les constatations faites dans cette procédure, et de les tenir pour équivalentes à celles du titre que leur a ravi la fraude ou la

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 21, n. 29; Fuzier-Herman, art. 197, n. 38 s. — Toulouse, 4 juil. 1843, S., 44. 2. 398.

(2) Laurent, III, n. 15.

négligence d'un tiers? Encore fallait-il prendre des précautions pour empêcher de se procurer par cette voie, à l'aide d'une entente coupable, la preuve d'un mariage qui n'aurait jamais été célébré. C'est pourquoi, si l'art. 198 donne au jugement intervenu dans ces conditions la force de suppléer à l'acte de l'état civil, les art. 199 et 200 organisent les garanties indispensables. A vrai dire, l'art. 46, avec lequel il est si délicat de combiner ces dispositions, contenait déjà un moyen tel quel de suppléer à ce défaut de titre. Mais il semble que la loi ait voulu, en organisant une procédure spéciale, celle de la reconstitution de l'acte de mariage, assurer d'une façon plus complète le rétablissement de la preuve.

1971. Du fondement même de ces dispositions il ressort qu'elles sont applicables toutes les fois que le défaut de preuve régulière du mariage est la conséquence d'une infraction, quel qu'en soit le caractère, et qu'elle doive être qualifiée de crime ou de délit (1). Elle peut donc indifféremment consister, soit dans la destruction, la suppression, la soustraction, le détournement, l'altération ou la falsification de l'acte de mariage ou du registre qui le contenait, crimes prévus par les art. 145 à 147, 173 et 255 C. pén., soit dans la négligence de l'officier de l'état civil qui n'inscrit l'acte que sur une feuille volante, constitutive d'un simple délit, aux termes de l'art. 192 de ce code (2). Vainement dirait-on que cette dernière infraction ne rentre pas dans les prévisions de la loi, qui suppose une procédure « criminelle ». Cette expression a été prise ici dans son sens générique, et elle a dû d'autant moins être pesée, qu'à l'instant où on s'y arrêtait on ne savait rien de la classification qui serait établie entre les différents faits punis-

(1) Aubry et Rau, V, § 452 *bis*, p. 21 et 22, n. 31; Demolombe, III, n. 409; Demante, I, n. 280 *bis*, II, et 281 *bis*, III; Valette sur Proudhon, II, p. 105, obs. I; Laurent, III, n. 16; Huc, II, n. 182; Planiol, I, n. 879-20; Fuzier-Herman, art. 198, n. 1.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 26, n. 42; Demolombe, *loc. cit.*; Demante, *loc. cit.*; Toullier, I, n. 600; Duranton, II, n. 261; Valette sur Proudhon, II, p. 105, obs. I; Marcadé, I, art. 198-I et II, n. 681 et 682; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 346; Laurent, *loc. cit.*; Planiol, *loc. cit.*; Allemand, I, n. 433; Fuzier-Herman, art. 198, n. 2; Chéneaux, *op. cit.*, p. 142. — Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. IV, § 4, n. 5; Vazeille, I, n. 202.

sables. Bien mieux, cette contravention à la loi avait été seule explicitement prévue, d'une façon particulière, dans le projet; et, si sa disposition sur ce point fut retranchée, ce fut sur cette remarque de Thibaudeau que l'art. 52 du code civil rendait cette précision superflue (1). C'était donner à entendre que le domaine d'application de cet article se confond avec celui de l'art. 198, comme il devait se confondre naturellement avec lui. Qu'importe la nature, criminelle ou délictueuse, du fait qui supprime la preuve régulière du mariage, dès l'instant que le résultat en est, quelle qu'elle soit, tout à fait identique?

Il n'importe pas davantage, à ce point de vue, que l'auteur de l'infraction ait agi ou non avec une intention coupable. Cette infraction pourrait donc n'avoir qu'un caractère contraventionnel et résulter d'un simple fait de négligence, comme c'est le cas lorsqu'elle consiste dans l'inscription de l'acte sur une feuille volante (2). En posant le principe contraire, M. Demolombe (3) se met en contradiction avec la solution qu'il donne au sujet de ce délit.

1972. Il se pourrait, du reste, que les parties au préjudice de qui l'infraction a été commise eussent une autre voie pour arriver au rétablissement de la preuve. Telle serait celle de l'art. 46, au cas de destruction du registre ou de l'acte qui les concerne, ou, si du moins on admet notre opinion (4), au cas d'inscription de cet acte sur une feuille volante. Mais, comme l'art. 198 ne subordonne et ne pouvait pas raisonnablement subordonner la faculté de s'en prévaloir à l'absence de tout autre moyen d'établir le mariage, il est certain qu'on reste admis à emprunter la voie qu'il ouvre, lors même qu'il serait permis d'aller au but par un autre chemin (5).

1973. Il serait également indifférent que l'infraction fût le fait de l'officier de l'état civil lui-même, comme le suppose

(1) Locré, *Lég.*, IV, p. 410 et 411, art. 17 et 18, et p. 422, n. 21. — Cf. Portalis, *Exp. des mot., eod. loc.*, p. 516, n. 54.

(2) Garraud, *Tr. de dr. pénal*, III, n. 331.

(3) III, n. 409.

(4) Cf. tome II, n. 857.

(5) Demante, I, n. 280 *bis*, III.

l'art. 200, ou qu'elle fût l'œuvre de toute autre personne, ainsi qu'autorise à le supposer la généralité des termes des art. 198 et 199; car la qualité du coupable ne change rien au résultat auquel toutes ces dispositions se proposent d'obvier (1). Mais les intéressés en seraient nécessairement réduits à la ressource de l'art. 46, pour prouver le mariage dont l'acte a été détruit ou altéré, dans le cas où l'auteur du fait délictueux serait resté inconnu (2).

1974. Encore faut-il que la procédure fournisse la preuve de la célébration d'un ou plusieurs mariages déterminés, et qu'elle ne se borne pas à établir le fait de la suppression totale ou partielle d'un registre. Dans le cas contraire, c'est-à-dire s'il n'en résultait aucune relation précise entre la destruction ou l'altération incriminées et l'union particulière de l'existence de laquelle on se prévaut, cette procédure ne pourrait servir tout au plus qu'à démontrer la réalisation d'un des événements qui donnent, conformément à l'art. 46, ouverture à la preuve testimoniale : on se trouverait alors dans les termes de la première, et non de la troisième, des exceptions que nous étudions (3).

1975. Enfin les intéressés ne seraient pas non plus admis à se prévaloir de cette dernière, si le fait relevé à la charge de l'officier de l'état civil n'était pas constitutif d'une infraction punissable, dût-il avoir pour eux les mêmes conséquences préjudiciables, comme il en est lorsque l'officier omet complètement de dresser l'acte de célébration (4). Au premier abord, il pourrait sembler déraisonnable de fermer alors aux parties une voie qui leur reste ouverte quand la négligence de cet officier est moindre, et qu'il a seulement rédigé cet acte

(1) Aubry et Rau, V, § 452 *bis*, p. 23, n. 37; Demolombe, III, n. 410; Demante, I, n. 282 *bis*, I; Duranton, II, n. 262; Delvincourt, I, p. 73, note 4; Marcadé, I, art. 200-II, n. 690; Laurent, III, n. 16; Planiol, I, n. 879-1°; Vazeille, I, n, 208; Fuzier-Herman, art. 198, n. 4; Chéneaux, *op. cit.*, p. 142.

(2) Demolombe, III, n. 417; Demante, I, n. 282 *bis*, V; Planiol, I, n. 885; Surville, I, n. 188; Valette sur Proudhon, II, p. 108, obs. VII; Fuzier-Herman, art. 198, n. 8.

(3) Demante, I, n. 280 *bis*, IV; Huc, II, n. 182.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 26, n. 43; Demolombe, III, n. 409; Duranton, II, n. 259; Planiol, I, n. 879; Surville, I, n. 188; Fuzier-Herman, art. 198, n. 3; Chéneaux, *op. cit.*, p. 143. — Cpr. Toullier, I, n. 599 et 600.

sur une feuille volante. Mais cette différence entre les deux situations ressort péremptoirement des textes : ils exigent que la procédure soit, au sens large du mot, « criminelle », au moins par l'origine de l'action, c'est-à-dire qu'elle dérive d'une contravention à la loi pénale, devant quelque juridiction qu'elle soit engagée. Et cette différence serait même susceptible de se justifier dans une certaine mesure, puisque les parties doivent s'imputer de n'avoir pas tenu la main à la rédaction de l'acte de mariage. Ce motif toutefois ne peut pas s'appliquer aux enfants ou aux tiers, auxquels on ne saurait faire pareil reproche.

1976. L'unique condition à laquelle est subordonnée l'application des art. 198 et suivants se trouve donc être l'existence d'un fait punissable, ayant eu pour résultat de détruire la preuve régulière d'un mariage. Or ce fait donne naissance à deux actions : l'action publique, qui a pour objet l'application des pénalités encourues, qui doit être portée devant une juridiction répressive, et dont l'exercice est réservé au ministère public; l'action civile, qui se propose la réparation du préjudice causé, appartient à tous ceux qui souffrent de ce préjudice, et qui peut être portée indifféremment, soit par voie principale devant la juridiction civile, soit, par voie incidente et accessoirement à l'action publique, devant la juridiction répressive déjà saisie, auquel cas celui qui l'exerce se porte partie civile. De plus, en matière correctionnelle et de police, il lui est encore permis d'exercer, par voie de citation directe, son action civile devant le tribunal répressif, en dehors de toute poursuite du ministère public (art 1er, 3, 63, 64, 182 C. I. cr.).

1977. Mais ici l'action civile aurait été impuissante à procurer à la partie lésée la satisfaction qu'elle recherche, si elle avait conservé son objet ordinaire. Tandis qu'elle se propose normalement de faire fournir, par l'auteur même de l'infraction, la réparation pécuniaire du dommage, ici elle a pour but, en faisant constater judiciairement sa culpabilité, d'assurer la reconstitution de la preuve altérée ou détruite. Et ce rétablissement s'opère au moyen d'une transcription du jugement sur les registres de l'état civil, qui est l'œuvre, non de cet

auteur, mais d'un tiers, l'officier en exercice. C'est donc une condamnation d'une nature toute spéciale que tend à obtenir l'action de la partie lésée, puisqu'elle n'est pas pécuniaire, qu'elle n'est pas exécutée par celui contre qui elle intervient, et qu'elle ordonne une mesure qui ne saurait être prise que par une tierce personne. On voit par là que, si cette action peut être encore qualifiée de civile, en tant qu'on l'oppose à celle du ministère public, elle se distingue fortement, de celle qu'on désigne habituellement sous ce nom, par ses caractères spécifiques (1). La difficulté, et il n'en est pas de plus délicate, consiste à savoir jusqu'à quel point elle doit néanmoins continuer à obéir aux mêmes règles.

1978. En principe, l'action publique et l'action civile peuvent toutes deux servir à la reconstitution de la preuve. Il est vrai que l'art. 199 ne parle que d' « action criminelle », et l'art. 198 de « procédure criminelle ». Mais ces impropriétés de termes proviennent de ce que, pour en employer de suffisamment compréhensifs, on a qualifié l'action ou la procédure en considération de leur origine, qui est une infraction, et non, comme on l'eût fait plus correctement, eu égard à la qualité du demandeur ou à la nature de la juridiction saisie. Et d'ailleurs l'art. 200 montre assez que cette reconstitution peut résulter aussi bien de l'action civile que de l'action publique. Seulement, si leur résultat peut être identique, l'exercice de la première a été parfois assujetti, en notre matière, à des règles spéciales qui ont pour objet d'assurer la parfaite sincérité de la preuve dont elle poursuit le rétablissement.

Dans quelles conditions, en effet, chacune d'elles peut-elle être exercée, tant sous le rapport des personnes qui ont cette faculté que de la juridiction compétente ?

A cet égard, il faut distinguer, avec la loi, suivant que l'auteur de l'infraction est vivant ou qu'il est décédé à l'époque de cet exercice.

1979. Première hypothèse : L'auteur de l'infraction est en vie. — Et d'abord par qui l'action tendant au rétablissement de la preuve du mariage peut-elle être intentée ? L'art. 199

(1) Cpr. Chéneaux, *op. cit.*, p. 140 s.

dit à ce sujet : « *Si les époux ou l'un d'eux sont décédés sans* » *avoir découvert la fraude, l'action criminelle peut être* » *intentée par tous ceux qui ont intérêt de faire déclarer le* » *mariage valable, et par le procureur du Roi.* » L'action peut donc être exercée par les époux, par toute personne ayant un intérêt né et actuel, et par le ministère public.

Entre les mains des époux, elle ne saurait être évidemment subordonnée à aucune condition, puisque leur intérêt à la reconstitution de la preuve prime, s'il ne l'absorbe pas, celui de tout le monde.

1980. Mais leur présence ou leur inaction, lorsque du moins elle a été volontaire, ne paralyse-t-elle pas le droit des autres personnes qui sont admises, en principe, à agir? L'affirmative semblerait résulter du texte: il réserve l'action aux conjoints tant qu'ils vivent, et n'y fait participer les autres intéressés et le ministère public qu'autant que l'un au moins des époux est mort sans avoir découvert l'infraction commise à son préjudice. Mais on s'accorde, dans le dernier état de la doctrine, à ne pas s'arrêter à la lettre de l'article, qui conduirait à des conclusions par trop inacceptables, et à faire prévaloir son esprit, qui est de fournir, à tous ceux qui peuvent légitimement le désirer, le moyen de se procurer la preuve qu'un fait punissable leur a ravie. Or qu'importe à cet égard que les époux soient vivants ou morts lorsque l'intérêt des tiers apparaît, et, dans le dernier cas, que les époux aient eu ou non connaissance du délit? Il suffit qu'il préjudicie à ces tiers, pour qu'ils puissent en réclamer la réparation, soit concurremment avec les conjoints tant que dure le mariage, soit à leur défaut après sa dissolution, même au cas où ils auraient négligé de former personnellement la demande. Et, par exemple, il y aurait injustice à priver de cette faculté, du vivant des époux, des enfants à qui elle serait indispensable pour établir leur légitimité, en vue de recueillir les successions dont leurs parents sont exclus à raison de leur indignité ou qu'ils ont répudiées volontairement. Du reste, l'intérêt des conjoints domine si peu celui des autres personnes, au point de l'absorber, que le décès d'un seul d'entre eux donne ouverture à l'action de celles-ci, s'il est mort dans l'ignorance

de l'infraction commise, et ce malgré la présence du survivant. C'est qu'en effet ce décès est d'ordinaire le seul événement qui fasse surgir l'intérêt qu'elles ont à l'exercer. Mais, de ce que la loi n'a prévu que lui, on ne doit pas conclure qu'elle ait entendu refuser cette action dans tous les autres cas où elle pourrait être nécessaire aux tiers pour sauvegarder, même pendant la durée du mariage, des intérêts légitimes. A cet égard, ses termes doivent être considérés comme purement énonciatifs (1), de même qu'ils le sont encore quand ils ne la leur accordent que si l'un des conjoints est mort sans que le fait punissable lui ait été révélé, dans la supposition qu'il n'aurait pas manqué d'agir lui-même, si ce fait était parvenu à sa connaissance (2).

Enfin, s'il est communément admis, en dépit des termes de notre disposition, que le ministère public peut agir du vivant des deux époux (3), il n'y a pas de motif pour y voir un obstacle à ce que l'action appartienne, durant leur mariage, à tous les particuliers ayant un intérêt né et actuel à l'exercer. Leur droit dérive du même texte, et, en l'absence de toute distinction, l'étendue en doit être toute pareille. Dira-t-on que le ministère public puise le sien dans l'art. 1er C. inst. cr., et que l'art. 199 ne déroge pas d'une façon assez explicite à la règle qui lui confère sans restriction la faculté de poursuivre l'application de la peine? Mais cette remarque est inexacte : ce n'est plus son droit ordinaire de poursuite qu'exerce le magistrat du parquet, lorsqu'il conclut au rétablissement de

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 34; Demolombe, III, n. 412; Demante, I, n. 281 *bis*, II; Valette sur Proudhon, II, p. 106, obs. IV; Laurent, III, n. 18; Huc, II, n. 183; Planiol, I, n. 881; Fuzier-Herman, art. 199, n. 2. — *Contra :* Delvincourt, I, p. 73; Marcadé, I, art. 199-III, n. 686; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 347; Vazeille, I, n. 207; Allemand, I, n. 434.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 35; Demolombe, III, n. 413; Demante, *loc. cit.*, Duranton, II, n. 261; Valette sur Proudhon, *loc. cit.;* Marcadé, *loc. cit.;* Delvincourt, I, p. 73, note 3; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 347; Laurent, *loc. cit.;* Huc, *loc. cit.;* Planiol, *loc. cit.;* Vazeille, *loc. cit.;* Fuzier-Herman, art. 199, n. 1.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 36; Demolombe, III, n. 411; Demante, *loc. cit.;* Valette sur Proudhon, *loc. cit.;* Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *loc. cit.;* Laurent, III, n. 17; Huc, *loc. cit.;* Vazeille, *loc. cit.;* Fuzier-Herman, art. 199, n. 3. — Cpr. Marcadé, I, art. 199-II et IV, n. 685 et 687.

l'acte : c'est un droit particulier, que lui donne seule notre disposition, de prendre ainsi, au cours de la procédure criminelle, de véritables conclusions civiles (1). Or, si l'on admet que l'existence ou l'inaction volontaire des époux ne l'empêche pas d'exercer une action dont le succès importe presque autant à la société qu'à ces derniers eux-mêmes, à raison des intérêts d'ordres très divers que met en jeu le mariage, elles ne doivent pas davantage, en logique, faire obstacle au droit des particuliers de demander le rétablissement d'une preuve qui est indispensable à la sauvegarde de leurs intérêts privés.

1981. L'action du ministère public doit être naturellement intentée devant la juridiction compétente pour prononcer la peine applicable à l'infraction, puisque ce n'est qu'accessoirement à la poursuite criminelle qu'il conclut civilement au rétablissement de l'acte qu'elle a eu pour résultat de supprimer (2).

Celle des intéressés peut être également portée devant cette juridiction, suivant le droit commun, soit accessoirement à l'action publique, que l'infraction ait les caractères d'un crime ou d'un délit, soit même, mais en matière correctionnelle seulement, par voie de citation directe devant ce tribunal (3).

1982. Mais n'est-elle point susceptible de l'être aussi devant la juridiction civile? Nous inclinons vers l'affirmative (4), quoique une forte partie de la doctrine se prononce en sens contraire. Ainsi le veulent, en effet, les principes généraux, qui autorisent la partie lésée à demander, à son choix, la réparation du dommage dont elle a souffert, par voie principale devant les tribunaux civils, ou par voie incidente devant la juridiction répressive. Nos dispositions ont-elles dérogé à ces principes? Oui, sans doute, pour le cas où l'action est exercée contre les héritiers du délinquant; mais, lorsqu'elle

(1) Demante, I, n. 281 *bis*, I.

(2) Cpr. Demante, I, n. 281 *bis*, I.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 33; Demolombe, III, n. 415; Demante, I, n. 282 *bis*, III; Huc, II, n. 184; Planiol, I, n. 883.

(4) Proudhon, II, p. 103 s.; Marcadé, I, art. 199-IV, n. 687; Laurent, III, n. 19; Huc, II, n. 184; Planiol, I, n. 883; Vazeille, I, n. 204. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 32; Demolombe, III, n. 415 et 416; Demante, I, n. 282 *bis*, III; Valette sur Proudhon, II, p. 104, note *a*; Bertauld, *Quest. et exc. préj.*, n. 53; Fuzier-Herman, art. 198, n. 5; Chéneaux, *op. cit.*, p. 144.

l'est contre le délinquant lui-même, l'existence de cette dérogation est des plus contestables.

On ne saurait d'abord l'inférer du texte primitif de notre disposition, qui réservait toujours la direction de l'action au ministère public (1), puisqu'il a été profondément remanié, et qu'il laisse, au moins dans un cas, cette direction aux parties elles-mêmes. Dira-t-on que le caractère tout exceptionnel de cette procédure ressort de ce que l'action civile est détournée de son objet ordinaire, et qu'elle ne saurait dès lors être engagée que devant les tribunaux répressifs, conformément aux prévisions du texte ? Mais, de ce que cette action ait, comme nous l'avons reconnu, un caractère anormal au point de vue de ses effets, il semble téméraire de conclure qu'elle se singularise encore sous le rapport de la compétence du tribunal qui peut en être saisi. Que le résultat n'en soit pas pécuniaire, que la condamnation doive être exécutée par un tiers, sans doute, et c'est la nature des choses qui le veut ainsi ; mais pourquoi, rationnellement, cette condamnation ne pourrait-elle pas être aussi bien prononcée par un tribunal civil ?

L'hypothèse que nous examinons, on ne le remarque pas assez, n'a été, contrairement à l'assertion de M. Demolombe, textuellement prévue par aucun de nos trois articles, car le premier se borne à organiser le mode de reconstitution de la preuve détruite, le second à déterminer qui peut agir, et le troisième enfin prévoit justement l'hypothèse opposée à la nôtre. Cette dernière doit donc rester sous l'empire du droit commun. Résulte-t-il du moins, comme on le prétend, de « toute l'économie de la loi », ou « du rapprochement des art. 198 et 200 », qu'on ait apporté une exception à ce droit? C'est ce qui ne paraît pas démontré. Car, d'une part, dire que nos deux premières dispositions « supposent une poursuite criminelle toujours et exclusivement », c'est attacher aux expressions qu'elles emploient un sens technique, qu'elles n'ont certainement pas : notamment, l'action exercée par un particulier n'est pas « criminelle », quoique l'art. 199 lui donne cette qualification, et la procédure spéciale de l'art. 200 ne l'est pas davan-

(1) Locré, *Lég.*, IV, p. 410, art. 17.

tage, quoiqu'elle puisse aboutir à la restauration de la preuve du mariage conformément à l'art. 198, qui prêterait indistinctement à toutes ce même caractère. D'autre part, de ce que la loi ait remis au ministère public la direction de la procédure engagée devant une juridiction civile, en un cas où des collusions frauduleuses étaient particulièrement à craindre, on ne saurait induire qu'elle ait interdit l'accès de celle-ci aux intéressés, même alors qu'il n'y a pas de pareil danger à redouter. Or il n'y en a positivement aucun en l'espèce. Peut-on raisonnablement supposer qu'une personne, un officier de l'état civil par exemple, consente à servir de plastron dans une instance civile, pour permettre à de prétendus époux de se procurer, à l'aide d'une action dirigée contre elle, la preuve d'un mariage qui n'aurait jamais été célébré? Mais la présence du ministère public aux débats menacerait de lui faire payer trop cher une telle complaisance.

Comment, d'ailleurs, les intéressés pourraient-ils exercer leur droit, si le refus d'agir du ministère public ou l'impossibilité de mettre en mouvement l'action publique ne leur permettaient pas de former leur demande incidemment à celle-ci? Il leur resterait, a-t-on répondu, la ressource des modes de preuve de l'art. 46. Mais n'est-ce pas leur rouvrir l'accès de la juridiction civile, à l'instant où on prétendait le leur interdire, et se contenter alors des garanties qu'on déclarait insuffisantes? Et ne sont-elles pas plus grandes, quand les réclamants ont, en la personne du défendeur, un contradicteur que tout engage à combattre leur demande, que lorsque, sans mettre en cause la responsabilité de personne, ils se fondent sur une destruction ou une omission qui leur est préjudiciable, pour être admis, conformément à l'art. 46, à la preuve testimoniale du mariage?

1983. Deuxième hypothèse : L'auteur de l'infraction est décédé. — « *Si,* dit l'art. 200, qui statue sur ce cas, *l'officier* » *public est décédé lors de la découverte de la fraude, l'action* » *sera dirigée au civil contre ses héritiers, par le procureur* » *du Roi, en présence des parties intéressées, et sur leur dénon-* » *ciation.* » La mort du délinquant, lors de l'exercice de l'action — et non lors de la découverte de l'infraction, comme

le dit la loi, dans la supposition que cette action est intentée aussitôt après cette découverte — a pour résultat d'éteindre l'action publique, et de ne plus permettre d'exercer l'action civile que contre ses héritiers. Il y avait dès lors un péril à conjurer, celui de la connivence frauduleuse qui aurait pu s'établir entre eux et les réclamants, pour arriver, grâce à la complaisance suffisamment rémunérée des premiers, à faire obtenir aux seconds la preuve d'un mariage qui n'aurait jamais eu lieu. Une infraction imaginaire aurait servi de prétexte à une condamnation à laquelle les héritiers de celui qu'on en prétend avoir été l'auteur se seraient prêtés d'autant mieux qu'elle n'aurait pu être que pécuniaire, et qu'ils en auraient été, non pas seulement déchargés, mais récompensés à l'avance. C'est pourquoi, par une dérogation des plus graves, mais aussi des plus justifiées, aux principes généraux, la loi remet au ministère public la direction d'une procédure qui ne peut pourtant être désormais que purement civile. Elle espère que son rôle actif le mettra ainsi mieux en mesure de démasquer la fraude, que s'il assistait, comme simple partie jointe, aux débats. Mais du moins veut-elle qu'il ne puisse pas refuser de déférer à la réquisition des parties intéressées, et compromettre ainsi par son abstention les droits les plus légitimes.

1984. Ainsi le même événement a pour résultat de mettre fin à l'action du ministère public, ce qui est conforme aux principes, puisque son initiative, en tant qu'elle poursuivait des fins civiles, n'était autorisée qu'à titre d'accessoire de l'action publique, et que l'exercice de cette dernière est devenu impossible; et de retirer aux intéressés leur droit d'intenter directement et sans intermédiaire l'action civile contre les héritiers du délinquant, ce qui est évidemment contraire au droit commun (1). Il était donc difficile de méconnaître plus la vérité que ne l'a fait M. Vazeille, qui, sans motifs sérieux, affirme que l'art. 200 « étend le droit de la

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 24, n. 38; Demolombe, III, n. 414; Demante, I, n. 282 *bis*, II; Toullier, I, n. 600; Duranton, II, n. 262; Marcadé, I, art. 200-I, n. 689; Planiol, I, n. 882; Surville, I, n. 188; Fuzier-Herman, art. 200, n. 1. — *Contra* : Vazeille, I, n. 208.

partie civile, loin de le restreindre », et donne au ministère public une action qu'il ne peut plus, d'après cette disposition même, exercer que sur la dénonciation de cette partie.

1985. Cet événement n'est autre, d'après le texte, que le décès de l'auteur de l'infraction. Or il en est plusieurs qui, comme lui, rendent la poursuite criminelle impossible, quoique cet auteur soit en vie : tels son état de démence ou la prescription de l'action publique. Dès lors, comment la partie civile doit-elle agir, dans ces circonstances, en vue du rétablissement de la preuve?

On s'accorde à reconnaître qu'elle ne peut point saisir directement les tribunaux civils de son action. La collusion entre elle et le défendeur serait tout autant à craindre que la connivence avec les héritiers du délinquant. Or il serait inadmissible que la loi n'eût pris contre cette fraude aucune garantie (1).

1986. Cette action peut-elle du moins être portée devant ces tribunaux, dans les mêmes conditions que si le délinquant était décédé, c'est-à-dire par l'intermédiaire du procureur de la République et sur la dénonciation des intéressés? La question est si délicate, que MM. Aubry et Rau, qui l'avaient tout d'abord résolue par la négative, se sont finalement prononcés en sens opposé, tandis que M. Demolombe a, en dernier lieu, répudié l'affirmative, qu'il avait d'abord professée. D'une part, il semble impossible que le rétablissement de la preuve puisse être empêché par un fait qui, s'il met à couvert la responsabilité de celui qui l'a détruite, ne doit pas anéantir le droit de ceux qu'il a lésés. Mais, d'autre part, est-il permis d'étendre la disposition exceptionnelle de l'art. 200 en dehors de l'hypothèse qu'elle prévoit, et surtout d'autoriser une poursuite, même purement civile, contre l'auteur d'une infraction déjà prescrite, contrairement au principe que l'action civile ne saurait survivre à l'action publique (2)?

L'embarras ne cesse guère lorsqu'on pénètre un peu plus

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 25, n. 41.
(2) Art. 1 à 3, 637 et 638, C. I. cr.

dans la controverse. A la vérité, les partisans de l'application extensive observent que l'action qu'il ouvre aux parties n'est point l'action civile proprement dite, mais une action toute distincte, « en rétablissement de la preuve du mariage, qui ne tombe pas sous le coup des dispositions du code d'instruction criminelle ». Mais on peut se demander si les mêmes motifs qui ont paru devoir imposer l'extinction simultanée des deux sortes d'actions, ne commandent pas aussi que cette action spéciale meure en même temps que l'action publique, et s'il ne faut pas considérer comme une « action en réparation du dommage causé » (art. 1er) celle qui se propose le « rétablissement » ou la « reconstitution » de la preuve. Puis, certains auteurs ont précisément induit, en sens contraire, du caractère particulier de la procédure à laquelle elle donne lieu, qu'elle ne pouvait être exercée en dehors du cas formellement prévu par l'art. 200.

D'un autre côté, lorsque les défenseurs de l'interprétation restrictive reconnaissent aux intéressés, à défaut de la ressource de l'art. 200, celle de l'art. 46, et les admettent à prouver par tous les moyens possibles le fait de destruction ou d'altération qui leur préjudicie, cette solution est loin d'être, sous tous les rapports, aussi satisfaisante qu'ils le supposent. Elle n'est pas seulement susceptible de mettre les parties hors d'état d'arriver à la reconstitution de la preuve qui leur a échappé, du moins dans l'opinion de ceux de ces interprètes qui déclarent l'art. 46 inapplicable au cas où l'acte de mariage a été inscrit sur une feuille volante (1). Elle aboutit en outre, dans tous les cas d'application de cette disposition, si largement qu'on la conçoive, à ce singulier résultat de diminuer, loin de les accroître, les garanties dont doit être entouré le rétablissement de la preuve. Effectivement les parties vont le réclamer hors de la présence de l'auteur supposé de l'infraction, et sans avoir à lutter contre les contradictions qu'il aurait pu leur opposer s'il avait été dans l'instance. Et elles sont alors autorisées à former directement cette réclamation, au lieu de la produire par l'organe et sous l'étroit contrôle

(1) Cf. tome II, n. 857.

du ministère public! On se prive donc, en écartant l'art. 200, des précautions qu'il a prises en vue de déjouer la fraude.

Malgré la gravité de ces objections, et quoique à regret, nous inclinons pourtant à croire qu'il doit être écarté (1). Ce n'est point, toutefois, parce qu'il a un caractère exceptionnel très marqué : on pourrait dire que la loi a prévu le décès du délinquant comme le plus fréquent des cas qui rendent impossible l'exercice de l'action publique. Ce n'est pas non plus, quoique ce motif pût sembler plus plausible, parce qu'on ne voit pas comment les réclamants pourraient former contre le délinquant une action qui n'aurait pour objet, ni de lui faire appliquer les pénalités légales, ni de le faire condamner à des réparations pécuniaires, puisque la prescription lui est acquise. A quoi donc concluraient-ils, serait-on tenté d'objecter, puisqu'ils n'ont plus rien à lui demander? Au rétablissement de l'acte qu'il a détruit, altéré, ou qu'il n'a pas inscrit sur les registres? Non, puisque ce n'est pas lui qui doit l'opérer, ou que, s'agit-il d'un officier de l'état civil encore en exercice, il serait appelé à y procéder comme titulaire de cette fonction, et non en exécution de la condamnation prise contre lui. Mais ces objections ne seraient pas sans réplique. Le jugement à intervenir, devrait-on répondre, ne pourrait assurément que constater l'infraction commise par le défendeur, sans le condamner à quoi que ce fût, mais il la constaterait. Or voilà justement notre motif de décider. C'est que, en tant qu'il ferait cette constatation, ce jugement irait directement à l'encontre du but de la prescription, qui est de ne pas permettre, même pour des fins purement civiles, de rouvrir le débat sur des faits qui doivent rester dans l'oubli.

1987. Chaque fois que la preuve de la célébration du mariage ressort ainsi d'une procédure, le tribunal, quel qu'il soit, doit ordonner d'office l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil, et cette inscription tient lieu de l'acte détruit, altéré ou simplement dressé sur une feuille volante.

(1) Demolombe, III, n. 416; Demante, I, n. 282 *bis*, IV; Valette, *Expl. somm.*, p. 115; Planiol, I, n. 884; Fuzier-Herman, art. 198, n. 8; Chéneaux, *op. cit.*, p. 144. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.;* Valette sur Proudhon, II, p. 107, obs. VI. — Cpr. Marcadé, I, art. 200-II, n. 690.

Mais elle ne va pas, en dépit des termes de l'art. 198, qui dépassent la véritable pensée de la loi, jusqu'à assurer nécessairement tous les effets civils à l'union qu'il avait pour objet de constater. Celle-ci reste, au contraire, exposée, tant sous le rapport de son existence que sous celui de sa validité, à toutes les attaques dont un acte régulier lui-même aurait été impuissant à la prémunir. La reconstitution de l'instrument de preuve ne saurait influer sur la valeur du fait juridique. Mais la vérité, qui explique les termes de notre disposition, est que cette reconstitution assure au mariage les effets dont, sans elle, étant donné le principe de l'art. 194, il aurait été privé (1).

1988. Mais vis-à-vis de qui les lui assure-t-elle? Quelle est l'autorité de la décision dont la transcription procure le rétablissement de la preuve? N'est-elle opposable qu'à ceux qui ont été parties ou représentés dans l'instance, et ne peut-elle être invoquée que par eux, ou bien fait-elle foi *erga omnes?* Toute la question est de savoir si elle reste ou non sous l'empire du principe de l'autorité relative de la chose jugée (art. 1351), et c'est à tort qu'on a prétendu (2) que ce principe était ici hors de cause. Car, « s'il est certain, comme on l'a dit, que tous les intéressés, qu'ils aient ou non figuré dans l'instance, pourront toujours faire tomber l'acte de célébration », il n'en est pas moins de la plus haute importance de rechercher si, précisément, lorsqu'ils n'y ont pas figuré, ils ne sont même pas dispensés de faire tomber cet acte, parce qu'il leur est inopposable, et autorisés par suite à rester sur la position bien plus avantageuse de la défensive.

Or il règne à cet égard, en doctrine, la plus grande incertitude, et il est même assez difficile parfois de saisir la véritable pensée des commentateurs.

Les uns (3) décident que « l'inscription du jugement sur les

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 24, n. 39; Demolombe, III, n. 417; Laurent, III, n. 19; Huc, II, n. 186; Planiol, I, n. 886; Vazeille, I, n. 206.

(2) Huc, *loc. cit.*

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 24, n. 39 et 40; Demante, I, n. 280 *bis*, V; Valette sur Proudhon, II, p. 106, obs. II; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 346; Fuzier-Herman, art. 198, n. 7; Chéneaux, *De l'autor. de la ch. jugée sur les quest. d'état*, 1895 (thèse, Bordeaux), p. 137 s.; Dastarac, *Effet de la ch. jugée sur l'état*

registres de l'état civil établit la preuve du mariage, à l'instar d'un acte de célébration inscrit à sa date sur ces registres », sans distinction entre le cas où ce jugement a été rendu à la requête des époux eux-mêmes ou après qu'ils se sont portés parties civiles, et celui où il ne l'a été qu'en leur absence et sur les poursuites du ministère public. Les autres (1), prenant le contre-pied de cette théorie, estiment que cette décision n'a jamais, conformément à la règle générale, qu'une autorité purement relative, et que partant elle n'en a aucune à l'égard des personnes qui n'ont pas été mises en cause. Et il est enfin un troisième parti (2), qui ne considère l'inscription du jugement comme équivalente à l'acte « qu'autant que les époux ou l'un d'eux, ou les autres intéressés, se sont portés parties civiles ». On lui refuse donc cette force, lorsqu'il n'a été prononcé qu'à la requête du ministère public, au regard de tous ceux qui sont restés étrangers à la poursuite. Mais on paraît la lui reconnaître entière à l'égard de tout le monde, par cela seul que les intéressés sont intervenus dans l'instance, si du moins on s'attache aux termes dans lesquels ce système intermédiaire a été exposé.

1989. Ces deux derniers systèmes nous paraissent devoir être écartés. Dans le second, qui n'accorde même aux jugements émanés d'un tribunal répressif qu'une autorité purement relative, quel serait donc le résultat de l'initiative prise par le ministère public, si les intéressés ne s'étaient pas joints incidemment à son action ? Il serait nécessairement négatif, puisque le jugement auquel auraient abouti ses poursuites resterait inopposable aux époux eux-mêmes, au cas, par exemple, où l'un d'eux aurait commis le crime de bigamie ! Evidemment le droit du ministère public ne peut être à ce point illusoire que la preuve reconstituée par ses soins ne serve à personne, pas même à lui. Il paraît donc résulter de l'art. 199 que son intervention, précisément parce qu'elle

des pers., 1895 (thèse, Toulouse), p. 47 s.; R. Bufnoir, *op. cit.*, p. 131 s.; de Loynes, *Note*, D., 93. 2. 93; Lagrange, *Rev. crit.*, 1856, VIII, p. 34. — Cpr. Valette, *Explic. somm.*, p. 114; Huc, II, n. 186; Planiol, I, n. 887 s.

(1) Demolombe, III, n. 419; Laurent, III, n. 19.

(2) Marcadé, 4e édition, I, art. 199-IV. — Cet auteur a répudié cette opinion dans sa 5e édition, I, art. 198-III, n. 683, et V, art. 1051-XV.

se produit au nom de la société, doit procurer, dans l'intérêt de tous et non pas de quelques-uns seulement, le rétablissement de la preuve détruite. Et cette solution ne découle pas moins de la règle généralement admise qui détermine l'influence sur le civil de la chose jugée au criminel, puisqu'elle défend de remettre en question, devant les tribunaux civils, l'existence des faits qui ont entraîné une condamnation pénale. Si, comme l'admet M. Laurent lui-même, la décision émanée de la juridiction répressive « fait foi à l'égard de tous, en tant qu'elle constate l'existence d'un délit et qu'elle applique une peine », force est de reconnaître que les conséquences de cette constatation ne peuvent plus être contestées devant les juges civils. S'il appert de cette décision que tel acte de mariage a été détruit par telle personne, et que le fait de cette destruction soit, au point de vue criminel, établi *erga omnes,* il faut aussi qu'au point de vue civil l'existence de cet acte soit tenue pour constante à l'égard de tous, car la nier, ce serait mettre en doute le fait, désormais indubitable, de la destruction qui a porté sur lui. Au surplus, c'est bien là la doctrine qui a été appliquée, au cas de faux, par l'art. 463 du code d'instruction criminelle.

Ces critiques suffisent à faire justice de la troisième théorie. Elle se rattache en effet à la précédente, en tant qu'elle accorde une autorité purement relative au jugement rendu sur les poursuites du ministère public. Mais elle participe, en retour, de la première, en tant qu'elle reconnaît une autorité absolue à toute décision qui termine une instance dans laquelle les époux ou les autres intéressés sont intervenus.

Or que faut-il penser de celle-ci ?

1990. Quelques auteurs lui ont fait une très mauvaise objection. Elle est susceptible, ont-ils dit, de conduire à ce singulier résultat que deux personnes pourraient se trouver mariées d'office et à leur insu, en vertu d'une procédure à laquelle elles seraient restées complètement étrangères. Mais, ainsi qu'on l'a fort bien répondu et que l'avait constaté lui-même M. Demolombe (1), l'un des auteurs de cette objection,

(1) III, n. 418.

la décision ne priverait aucunement ceux qu'elle présente comme époux de la faculté de démontrer l'inexistence ou la nullité de ce prétendu mariage. Il est vrai qu'ils auraient à lutter ainsi contre un préjugé, contre une sentence qui ne laisse plus la question entière et qui doit les faire tenir pour légitimement unis jusqu'à preuve du contraire. Mais, après tout, ils seraient alors simplement replacés dans la situation qui était la leur, avant l'infraction qui a détruit ou altéré la preuve du mariage.

Avec plus d'apparence de raison on pourrait se refuser à voir dans l'art. 198 une exception formelle au principe de l'art. 1351, quoiqu'il énonce que « l'inscription du jugement assure au mariage... tous les effets civils, tant à l'égard des époux, qu'à l'égard des enfants issus de ce mariage ». En effet on pourrait supposer que cette disposition se rapporte exclusivement au cas où les intéressés ont figuré dans la procédure. Puis ajouterait-on, les jugements de rectification des actes de l'état civil doivent être, eux aussi, transcrits sur les registres : or l'induction qu'on se croirait admis à tirer de l'art. 101, qui ordonne cette transcription, relativement à leur force probante, serait contredite à l'avance par l'art. 100. L'induction que fournit l'art. 198, et qui est toute pareille, ne saurait donc valoir davantage. Objecterait-on que l'inscription sur les registres ne peut guère avoir d'utilité que pour les tiers, qui, n'ayant pas été parties à l'instance, n'ont aucun droit à obtenir une expédition du jugement, et qu'en ordonnant qu'il soit transcrit, la loi les admet implicitement à s'en prévaloir ? Mais cette remarque, répliquerait-on, conserverait toute sa portée pour les jugements de rectification, qui n'ont cependant pas d'autorité quant à eux. La vérité est que l'intérêt de cette transcription persisterait dans tous les cas, puisque la décision conserve toute son autorité au regard de ceux qui, admis en droit à la méconnaître, n'hésitent pas à s'incliner en fait devant elle, parce qu'ils la jugent conforme à la vérité.

1991. Ces raisonnements, malgré leur solidité, ne nous paraîtraient cependant pas péremptoires. En premier lieu, nous avons déjà dit que la règle de l'art. 1351 ne semble pas

devoir être étendue sans distinction à toutes les questions d'état. Puis les termes de l'art. 198 ne font aucune différence, quant à l'autorité du jugement intervenu, entre le cas où il est rendu par une juridiction répressive et celui où il émane d'une juridiction civile. Abstraction faite de ce texte, cette différence serait-elle d'ailleurs rationnelle? Cette question doit être examinée dans chacune des deux hypothèses où cette dernière juridiction peut être appelée, selon nous, à se prononcer.

Or, lorsqu'elle statue dans les circonstances prévues par l'art. 200, à la requête du ministère public, mais à l'instigation des intéressés eux-mêmes, la solution qui refuserait à sa décision une autorité absolue, soulèverait les objections les plus graves. Elle s'appuierait, sans doute, sur ce motif qu'il n'y a pas alors chose jugée au criminel et influence de celle-ci sur le civil, et sur cet autre que le ministère public n'est en quelque sorte que l'organe des parties. Mais, d'une part, il serait plus vrai de le considérer, non comme le simple représentant des personnes lésées qui ont provoqué son intervention, mais comme celui de la société, qui travaille par son organe au rétablissement de la preuve. D'autre part, puisqu'il est en la circonstance seul investi du droit d'agir, et que les héritiers de l'auteur du délit sont, de leur côté, les seuls défendeurs nécessaires, ce qui a été jugé entre eux ne doit-il pas être réputé l'expression de la vérité absolue ? Et n'est-ce pas précisément parce que les tiers pourraient souffrir d'une décision obtenue par fraude, que l'exercice de l'action a été enlevé aux particuliers, pour être remis au procureur de la République, alors que c'eût été assez inutile si cette décision avait dû leur rester inopposable? Enfin, et cette considération nous paraît prépondérante, on ne voit pas bien à quoi servirait la reconstitution de la preuve à laquelle les parties parviendraient par la voie de l'art. 200, si le résultat de cette procédure n'était acquis qu'à l'encontre des héritiers du délinquant, qui presque toujours n'ont aucune espèce d'intérêt à contester l'existence du mariage. L'utilité propre du rétablissement de l'acte, c'est justement de produire, comme l'acte même, ses effets à l'égard de tous. Car, en définitive, si la procédure de

la reconstitution de l'acte de mariage a une raison d'être, un objet, distincts de ceux de la procédure ordinaire en rectification des actes de l'état civil, ce doit être nécessairement parce qu'elle aboutit à un jugement nanti d'une force probante égale à celle de l'acte qu'il est destiné à remplacer.

Mais alors, si telle est bien sa raison d'être, on ne conçoit pas que le résultat puisse en être différent lorsque cette procédure est dirigée, devant un tribunal civil, contre le délinquant, conformément au droit commun. Car qu'importe, au point de vue des effets de la décision à intervenir, que ce soit lui ou ses héritiers qui soient en cause? Qu'on déclare en ce cas cette procédure impossible, contrairement à notre opinion, la chose, certes, est permise. Mais, une fois admise sa légitimité, on n'aperçoit pas de motif qui autorise à la priver alors de ses effets naturels. Nous concluons donc que le jugement qui reconstitue la preuve altérée ou détruite a, dans tous les cas, une autorité absolue.

CHAPITRE V

DES EFFETS DU MARIAGE DANS LES RAPPORTS PERSONNELS DES ÉPOUX ET DANS LEURS RAPPORTS AVEC LEURS ENFANTS OU AVEC LEURS FAMILLES

1992. Les effets du mariage, si nombreux que Pothier [1], en en citant quatorze, n'en donnait qu'une énumération incomplète [2], procèdent tous de ce qu'il établit entre les deux conjoints les rapports personnels les plus étroits qu'on puisse concevoir, et que leur union fonde une famille nouvelle dont il faut régler les destinées, en même temps qu'elle crée des relations d'affinité entre chaque époux et la famille de l'autre. Les rapports qu'engendre le mariage peuvent donc être répartis en trois catégories, suivant qu'ils naissent entre les conjoints eux-mêmes, ou entre chacun d'eux et les parents de l'autre, qui deviennent ses alliés, ou enfin entre les époux

[1] *Op. cit.*, n. 396-408.
[2] Cpr. Beudant, I, n. 300 et 301.

et les enfants à naître de leurs œuvres. Et c'est dans cet ordre qu'ils auraient dû logiquement être déterminés dans le code civil, puisque les premiers sont immédiats et nécessaires, que, si les seconds naissent non moins immédiatement, ils n'ont pourtant pas le même caractère de nécessité, aucun des époux n'ayant peut-être de parents vivants, et qu'enfin les troisièmes ne voient le jour, avec les enfants, que plus ou moins longtemps après la célébration du mariage, et ne le voient jamais, si l'union reste stérile.

Il s'en faut que le code ait satisfait à ces exigences de la méthode. D'une part, il n'a pas concentré dans notre titre toutes les dispositions qui règlent les relations des parents avec leurs enfants, puisque les théories de la filiation, de la puissance paternelle et de la tutelle ont fait l'objet de titres distincts : il a seulement traité, dans les art. 203 à 205, du devoir d'éducation et du devoir d'assistance. Puis il a rejeté au titre des successions (art. 735 à 738) la définition des différentes sortes de parenté et les modes de computation de leurs degrés, et, sans définir l'alliance nulle part, il a pourtant, dans les art. 205 et suivants, posé les règles de l'obligation alimentaire dont certains parents ou alliés sont réciproquement tenus. Enfin, par un renversement bizarre de l'ordre logique, il a fait passer, dans le chapitre V, dont la rubrique « *des obligations qui naissent du mariage* » apparaît ainsi comme beaucoup trop générale, les dispositions qui règlent les rapports entre les conjoints et leurs descendants ou ascendants, avant celles qui ont trait à leurs rapports personnels et qui font l'objet du chapitre VI, intitulé : *Des droits et des devoirs respectifs des époux*.

Si peu rationnelle que soit cette distribution des matières, nous nous y conformerons, pour rester fidèles au plan de cet ouvrage. Partant, nous traiterons, dans autant de sections, du devoir d'éducation, de l'obligation alimentaire, et des droits et devoirs respectifs des conjoints. C'est dans la dernière que nous nous occuperons de l'alliance, qui est un des effets directs du mariage. Quant à la parenté, qui n'en est qu'un effet indirect, il en sera question au titre de la paternité et de la filiation, dont elle procède réellement.

SECTION PREMIÈRE

DU DEVOIR D'ÉDUCATION

1993. Dans les sociétés où le groupe familial est autonome et n'a à compter que sur la solidarité de ses membres, où il n'est admis que dans le cas d'indigence constatée à faire appel à la collectivité, pour l'aider à pourvoir à son entretien, il est nécessaire que tout être qui procrée soit civilement obligé, comme il l'est moralement, de subvenir à tous les besoins de l'enfant, tant qu'il est dans l'impossibilité d'y satisfaire par lui-même. Ce devoir d'éducation, en donnant au premier de ces termes le sens juridique dont il est dépourvu d'ordinaire, et au second son acception la plus large, l'art. 203 le consacre légalement dans les termes suivants : « *Les époux contractent* » *ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir,* » *entretenir et élever leurs enfants.* » Mais il semble ainsi faire dériver ce devoir du mariage, alors qu'il résulte en réalité du seul fait de la génération (1) : que l'enfant naisse légitime ou illégitime, la nature de sa filiation n'influe pas plus sur ses besoins qu'elle ne déplace les responsabilités, et ces responsabilités pèsent toujours, en première ligne, sur ceux qui lui ont donné la vie.

Il faut successivement déterminer quelles sont les personnes qui sont soumises à ce devoir, quelle en est l'étendue, et quelle en est enfin la sanction.

I. *Sur quelles personnes pèse le devoir d'éducation.*

1994. Cette obligation pèse concurremment sur les père et mère d'un enfant légitime Egalement rattaché, par le sang et par son titre, à tous les deux, il doit pouvoir également attendre de chacun tout ce qui est nécessaire à son éducation. Ses deux auteurs, d'autre part, ont pris l'un envers l'autre l'engagement implicite de pourvoir à celle-ci, dans toute la mesure où il le faudrait. C'est en ce sens, selon nous, que

(1) Cpr. Demolombe, IV, n. 3; Laurent, III, n. 39; Huc, II, n. 187; Planiol, I, n. 1681; Surville, I, n. 362.

l'art. 203 a voulu dire que les époux contractaient cette obligation « ensemble », c'est-à-dire tant à la fois que réciproquement, et qu'il a pu la présenter comme dérivant, non de la procréation, mais du mariage. Celui-ci emporte effectivement, à l'avance, la promesse de s'acquitter de cette obligation, puisqu'il se propose, normalement, pour objet la fondation d'une famille nouvelle (1).

1995. Cette promesse n'apparaît guère dans les relations auxquelles donne lieu une union irrégulière. Née du caprice ou de la passion, n'ayant d'autre but que de satisfaire un sentiment plus ou moins fugitif, les nécessités matérielles auxquelles la survenance d'un enfant obligerait à faire face ne se présentent pas, le plus souvent, à l'esprit de ceux qu'elle rapproche; ou, s'ils les envisagent, c'est trop ordinairement à la légère, et moins pour les accepter et les partager que pour en décliner le fardeau. Il eût donc été ici plus particulièrement nécessaire que la loi le leur imposât d'une façon expresse, tout au moins au cas où la paternité et la maternité naturelles seraient légalement constantes. Mais, quoiqu'elle ne l'ait pas fait, la doctrine moderne ne s'en accorde pas moins à les soumettre à ce devoir, conformément à notre ancien droit (2).

Elle infère cette solution, soit de l'art. 383, qui investit les père et mère naturels de la puissance paternelle, soit des art. 756 et suivants. D'une part, en effet, cette puissance n'est attribuée aujourd'hui aux parents que comme un moyen de mener à bonne fin la tâche éducative dont ils sont chargés, de telle sorte qu'on doit induire, de l'existence du pouvoir, celle de la mission qu'il facilite. D'autre part, de ce que les enfants naturels simples ont un droit dans la succession de leurs parents, qui leur est formellement garanti par une réserve, on peut conclure que ces derniers ont, de leur vivant, le devoir encore plus strict de les entretenir et de les élever. Car, si le droit héréditaire se justifie par l'affection présumée du défunt, il s'explique aussi, dans une certaine mesure, par

(1) Demolombe, IV, n. 3; Huc, II, n. 188; Beudant, I, n. 298. — Cpr. cep. Planiol, I, n. 1681.

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 304 et 305; *Nouv. Denizart*, I, v° *Aliments*, n. 12.

l'obligation, qui ne cesse pas moralement avec la mort, de contribuer au soutien de la vie de certains proches, auxquels on a donné, pour ce motif, la qualité d'héritiers réservataires. Et ne serait-il pas absurde qu'un père pût laisser mourir de faim, dans leur jeune âge, ceux-là mêmes à qui la loi réserve une partie de ses biens? Enfin, si les enfants adultérins ou incestueux eux-mêmes ont droit à des aliments sur l'hérédité de leurs auteurs légalement connus, et que ce droit ne cesse que lorsqu'ils leur « ont fait apprendre un art mécanique ou lorsque l'un d'eux leur aura assuré des aliments de son vivant », c'est manifestement que ces enfants doivent être élevés par leur père et mère : l'obligation alimentaire envers les descendants implique l'obligation antérieure de fournir aux besoins de ceux que leur âge met hors d'état d'y pourvoir par leur travail (1).

1996. Cette obligation incombe également, c'est-à-dire pour parts égales, aux deux auteurs de l'enfant, illégitime ou légitime, de même que la nature les a également fait contribuer à sa naissance. Mais chacun est appelé, cependant, à l'acquitter pour le tout, lorsque l'autre est dans l'impossibilité de la remplir, sans quoi son objectif ne serait pas atteint (arg. art. 1448) (2).

Il suit de là que les parents naturels doivent, en l'absence de toute convention qui règle leurs rapports pécuniaires, contribuer, chacun pour moitié, aux charges de l'éducation de leur enfant, et non point proportionnellement à leurs ressources, du moins lorsque tous deux sont légalement connus et en état de supporter leur part contributoire. Mais celle de l'un accroît à celle de l'autre, quand le premier est léga-

(1) Portalis, *Exp. des motifs,* Locré, *Lég.*, IV, p. 488, n. 16; Duveryer, *Disc. au C. lég.*, Locré, *Lég.*, VI, p. 323, n. 45; Aubry et Rau, VI, § 571, p. 215, n. 21, et § 572, p. 225, n. 28; Demolombe, IV, n. 16; Demante, I, n. 284 *bis*, II, et 285 *bis*, IV; Huc, II, n. 187; Planiol, I, n. 1681; Surville, I, n. 362; Beudant, I, n. 298. — Cpr. Laurent, III, n. 40.

(2) Aubry et Rau, VI, § 547, p. 72, n. 2; Demolombe, IV, n. 4 et 5; Demante, I, n. 285 *bis*, III; Laurent, III, n. 43; Planiol, I, n. 1683. — Grenoble, 28 janv., et Paris, 13 juin 1836, S., 36. 2. 335, D., 37. 2. 24. — Cpr. Paris, 26 juil. 1862, S., 62. 2. 513, D., 63. 2. 112. — Nancy, 15 avril 1899, S., 1902. 2. 153, note de M. Tissier.

lement inconnu ou dans l'impossibilité de faire la dépense qui lui échoit (1).

1997. Quant aux parents légitimes, ces frais constituent une des charges du mariage. Elle doit, comme telle, être acquittée conformément aux stipulations des conventions matrimoniales, c'est-à-dire par la communauté sous le régime de la communauté légale (art. 1409-5°), par le mari sous le régime dotal ou sous le régime exclusif de communauté (art. 1530 et 1540), enfin par la femme, soit en proportion de ses facultés, soit jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus, suivant qu'elle a obtenu sa séparation de biens judiciairement, qu'elle l'a stipulée dans son contrat, ou que, mariée sous le régime dotal, la totalité de ses biens sont paraphernaux (art. 1448, 1537 et 1575), et par son mari pour le surplus (2). Mais ces frais retombent toujours à la charge d'un des époux dans toute la mesure où l'autre ne peut pas les supporter, quelles que soient sur ce point les dispositions de leur contrat de mariage (3).

1998. Ils se divisent par moitié, selon nous, conformément à la règle, dès qu'un événement, autre qu'une séparation de biens ou que la mort de l'un des conjoints, vient, comme le divorce ou la séparation de corps, mettre fin à leurs rapports pécuniaires. Il ne nous paraît pas exact de dire qu'ils doivent être alors supportés, par chacun d'eux, proportionnellement à ses ressources (4). On ne saurait s'appuyer en effet, pour le décider ainsi, sur l'analogie qu'offre l'art. 1448. Celui-ci règle la situation dans laquelle le désordre des affaires du mari oblige à s'écarter de la règle du partage par portions égales, tandis que le divorce ou la séparation de corps ne s'opposent nullement, par eux-mêmes, à son application.

(1) Laurent, III, n. 80. — Toulouse, 25 juill. 1863, S., 64. 2. 137, D., 63. 2. 139. — Cpr. Paris, 28 mars 1905, D., 1905, 5. 36.

(2) Cpr. Paris, 26 avril 1892, D., 93. 2. 175.

(3) Demante, I, n. 285 *bis*, III; Laurent, *loc. cit.*; Huc, II, n. 190; Bourcart, *Note*, S., 1891. 1. 81; Fuzier-Herman, art. 203, n. 2 s. — Paris, 13 juin 1836, précité. — Agen, 18 juin 1851, S., 52. 2. 17, D., 51. 2. 228. — Nîmes, 26 juill. 1853, S., 53. 2. 688, D., 53. 2. 247. — Bordeaux, 18 janv. 1888, S., 88. 2. 132. — Paris, 26 avril 1892, D., 93. 2. 175. — Civ. cass., 6 août 1894, S., 94. 1. 416, D., 95. 1. 199.

(4) *Contra :* Planiol, I, n. 1280.

1999. Ces frais enfin semblent devoir rester à la charge exclusive de celui des époux qui survit à l'autre, puisque la loi n'y fait pas participer la succession du prédécédé, et que ceux qui la recueillent n'en sont pas non plus personnellement tenus (1). Pour être strictement légale, cette solution n'en est pas moins contraire à la logique, puisque la mort d'un des débiteurs a ici pour résultat de le libérer et d'aggraver la situation de son coobligé; et elle l'est d'autant plus aujourd'hui que la loi du 9 mars 1891 a consacré, dans un cas, la transmissibilité de l'obligation alimentaire. Il est vrai, toutefois, que l'enfant qui succède à l'un de ses auteurs doit contribuer, par lui-même ou par l'intermédiaire du survivant auquel appartient la jouissance légale, aux charges de son propre entretien jusqu'à concurrence de ses revenus.

2000. C'est la question de contribution à la dette qui vient d'être résolue : comment doit l'être celle de l'obligation ? Dans quelle mesure peut-on poursuivre, contre chacun des auteurs de l'enfant, l'exécution du devoir d'éducation ? Il règne à ce sujet la plus grande incertitude, tant en doctrine qu'en jurisprudence.

De ce que chacun d'eux puisse être éventuellement appelé à remplir ce devoir pour le tout, doit-on conclure que cette obligation est solidaire ? Nullement, à notre avis (2) : la solidarité ne saurait résulter ici, ni de la loi, qui est muette, ni de la convention, dans les cas mêmes où cette obligation pourrait être considérée comme prenant sa source dans le mariage, puisque, aux termes de l'art. 1202, cette solidarité doit être expressément stipulée.

Ne faut-il pas du moins reconnaître que cette obligation existe *in solidum*, à la charge de chaque époux, de telle sorte que les tiers puissent s'en prévaloir pour le tout, à l'égard de l'un ou de l'autre? Nous ne le croyons pas davantage (3). Son

(1) Demolombe, IV, n. 7; Planiol, I, n. 1683.

(2) Laurent, III, n. 43; Huc, II, n. 190; Bourcart, *loc. cit.* — Paris, 26 avril 1892, précité. — Civ. cass., 6 août 1894, S., 94. 1. 416, D., 95. 1. 199. — *Contra :* Grenoble, 28 janvier, et Paris, 16 juin 1836, précités. — Paris, 26 juillet 1862, précité.

(3) *Contra :* Demante, I, n. 285 *bis*, III; Huc, II, n. 190; Bourcart, *loc. cit.*, p. 82. — Civ. cass., 21 mai 1890, S., 91. 1. 81, note de M. Bourcart, D., 90. 1. 337.

origine même autorise à la concevoir comme ne grevant, en principe, chacun d'eux que pour partie, tout comme il n'a fait que concourir à la conception de l'enfant. Et, si sa nature veut qu'elle doive être acquittée en totalité, par un seul, lorsque l'autre est impuissant à la remplir pour sa part, il n'y a pas de raison pour qu'on puisse réclamer à l'un d'eux son exécution intégrale, lorsque son conjoint est très capable d'y participer. En tout cas, rien ne laisse apercevoir dans la loi l'intention de lui conférer un pareil caractère.

2001. Mais, si l'obligation n'est ni solidaire, ni même *in solidum*, du moins naît-elle en la personne de chacun des conjoints, de telle sorte qu'il soit permis d'exiger directement de chacun l'accomplissement de la portion qui lui incombe. Il paraît donc incorrect de dire (1) que la mère ne peut être actionnée que dans le cas d'insolvabilité du mari, puisqu'elle lui abandonne tout ou partie de ses revenus pour subvenir aux charges du mariage, parmi lesquelles figurent les frais d'éducation des enfants. En effet les conventions matrimoniales peuvent bien régler la part contributoire des époux dans l'acquittement de cette obligation. Mais elles ne sauraient les soustraire aux poursuites personnelles auxquelles son inexécution les expose tous deux, sauf, s'il y a lieu, le recours de la femme contre son mari. Dès lors, par application de cette doctrine, les tiers doivent être admis, même durant la communauté, à réclamer le paiement de ces frais tant à la femme qu'au mari, mais pour une moitié seulement, si ce dernier est pleinement solvable (2).

2002. L'existence du devoir d'éducation est entièrement indépendante de celle de la puissance paternelle en la personne de ceux à qui il incombe, quoique cette puissance en constitue un des moyens d'accomplissement. Ce devoir continue donc à s'imposer même à ceux qui, pour un motif quelconque, n'ont pas la jouissance ou l'exercice de ce pouvoir. S'ils n'ont plus

note de M. de Loynes. — Nancy, 15 avril 1899, S., 1902. 2. 153, note de M. Tissier. — Cpr. Planiol, I, n. 1683; Fuzier-Herman, art. 203, n. 6 s.

(1) Laurent, *loc. cit.* — Cpr. Bourcart, *loc. cit.*, p. 82.

(2) Huc, II, n. 190; Bourcart, *loc. cit.* — Bordeaux, 19 janv. 1888, S., 88. 2. 132. — Civ. cass., 21 mai 1890, précité.

alors la direction de l'éducation de l'enfant, ils en supportent toujours les charges (1). C'est évidemment à tort que M. Huc (2) n'a pas fait cette distinction nécessaire, et induit de l'art. 5 de la loi du 24 juillet 1889, sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés, que, lorsque les parents sont déchus de la puissance paternelle, « l'obligation relative à l'éducation incombe au tuteur ou à celui qui a la garde de l'enfant ». Exacte quant à la tâche éducative, cette proposition ne l'est plus, quant aux frais qu'elle entraîne.

2003. Ces frais devant rester, en principe, à la charge des père et mère, il en résulte que ceux qui en ont fait l'avance, sans avoir été animés d'aucune intention libérale (3), doivent être admis à les répéter contre les parents.

Ils les réclameront naturellement par une action de mandat, si l'enfant leur a été confié par les parents, qu'il l'ait été par les deux ou par celui auquel les tiers s'adressent (4). Ils en obtiendront également le paiement par la même voie, si c'est au su des parents qu'ils ont subvenu aux besoins de l'enfant, car le mandat, pour n'être alors que tacite, n'en existe pas moins en l'espèce (5). Ils ne pourront exercer, au contraire, qu'une action de gestion d'affaires, s'ils ne se sont acquittés de ce soin qu'à l'insu de la famille, et ils seront ainsi remboursés dans les limites où cette gestion a été utile et où ces frais, étant données les circonstances, ont été raisonnables (6). Mais, pour que les principes de la gestion d'affaires puissent trouver leur application, il faut supposer, ce qui est nécessairement des plus rares, que les parents ne se sont même pas préoccupés de savoir ou n'ont pas su tout

(1) Aubry et Rau, VI, § 547, p. 73, n. 4; Demolombe, IV, n. 15; Marcadé, I, art. 203-III, n. 707; Planiol, I, n. 1685.

(2) Huc, II, n. 195.

(3) Demolombe, IV, n. 77; Huc, II, n. 190. — Req. rej., 25 juin 1872, S., 73. 1. 129, D., 74. 1. 16. — Dijon, 4 févr. 1888, D., 89. 2. 243. — Aix, 2 juin 1904, D., 1904. 2. 208.

(4) Bourcart, *loc. cit.*, p. 82.

(5) Bourcart, *loc. cit.*

(6) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 73, n. 5; Demolombe, Huc, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art 205, n. 66 s.; Bourcart, *loc. cit.* — Douai, 22 août 1849, S., 50. 2. 586, D., 50. 2. 66. — Besançon, 15 juill. 1874, S., 75. 2. 9, et note, D., 74. 2. 219. — Aix, 2 juin 1904, précité.

au moins dans quelles conditions il était pourvu à l'entretien de leur enfant.

S'ils l'avaient appris en effet, et qu'ils eussent protesté contre cette intervention étrangère, par application des règles générales il n'y aurait plus alors gestion, celle-ci supposant que le gérant ne va pas à l'encontre de la volonté de l'intéressé. Les tiers n'auraient-ils pas du moins une action *de in rem verso,* fondée sur l'enrichissement des parents, et qui se mesurerait sur l'économie qu'ils ont réalisée, en ne supportant pas la charge qui leur incombait ? La solution de cette difficulté dépend de celle qu'on adopte sur la question de savoir si le tiers qui s'est ingéré dans les affaires d'une personne, contre sa défense formelle, doit être admis à répéter ses déboursés dans cette mesure (1). Mais il paraît certain, en tout cas, que les parents qui se seraient bornés à cette défense, sans offrir de reprendre l'enfant ou sans veiller à ses besoins, resteraient exposés au recours de ceux qui auraient continué à l'entretenir, car il ne saurait dépendre d'eux de le priver de tous moyens de subsistance, en ne se préoccupant pas eux-mêmes de les lui fournir, et en empêchant, d'autre part, les tiers de les lui assurer (2).

2004. Les tiers ont pareillement un droit de répétition, conformément à l'opinion générale, contre les enfants dans l'intérêt de qui les frais ont été faits, mais à la condition qu'on ne puisse pas imputer à ces tiers d'avoir négligé de se les faire payer par les parents, alors qu'ils pouvaient y faire face (3). Comme c'est, au fond, en faveur des enfants que la dépense a été faite, ils doivent en être redevables dans la mesure où elle leur a profité, quoiqu'elle dût être normalement acquittée par leurs père et mère. Les tiers doivent être supposés avoir voulu faire, en première ligne, l'affaire de ces derniers, et éventuellement aussi, pour le cas où ils ne

(1) Cf. Laurent, III, n. 80. — Douai, 22 août 1849, précité.

(2) Bourcart, *loc. cit.*

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 1, art. 1, n. 6; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 73, n. 6, et § 550 *bis*, p. 90, n. 24; Demolombe, IV, n. 76; Laurent, III, n. 81. — Civ. rej., 18 août 1813, S., 14. 1. 86, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 736. — Req. rej., 19 juin 1843, S., 43. 1. 641, D., 43. 1. 290. — Req. rej., 17 mars 1857, S., 57. 1. 812, D., 57. 1. 149. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 205, n. 74 s.

pourraient pas, sans faute de leur part, en obtenir leur remboursement, celle des enfants aux besoins desquels ils ont pourvu.

2005. En doit-il être encore de même lorsque les tiers ont reçu des parents le mandat de pourvoir à ces besoins? Et, pour présenter la question sous ses espèces les plus pratiques, le chef d'établissement ou le patron chez qui les enfants ont été placés en pension ou en apprentissage a-t il recours contre ces derniers, lorsqu'il ne peut obtenir le prix de leur entretien de leurs père et mère, malgré ses diligences? Les mêmes motifs qui viennent d'être présentés légitiment, selon nous, la solution affirmative (1), qu'on semble même devoir adopter par *a fortiori*. Car, si les enfants sont tenus, lorsque l'initiative de la dépense a été prise par ceux qui en réclament le paiement, sans consultation préalable des parents qui devaient y veiller, ne doivent-ils pas l'être plus encore, lorsqu'ils ont été confiés par leurs auteurs à ceux qui ont pris soin d'eux? On ne voit pas en raison comment l'intervention des parents suffirait à dispenser les premiers intéressés d'acquitter, à défaut de ceux-là, les frais de leur placement dans un établissement d'instruction ou industriel.

Y a-t-il, d'autre part, des motifs juridiques qui s'opposent à ce qu'ils soient grevés de cette obligation? Sans doute il existe un mandat en la circonstance, et comme ses effets doivent, conformément à la règle de l'art. 1165, rester concentrés dans les rapports des parties, il ne doit pas être permis de s'en prévaloir même à l'égard des tierces personnes qui, de fait, ont profité de son exécution. Aussi bien n'est-ce pas par l'action *mandati* que les tiers seraient autorisés à s'en prendre aux enfants, au lieu et place des parents insolvables. Mais pourquoi leur serait-il défendu de recourir contre eux par l'action de gestion d'affaires, alors que, s'ils ont agi au nom

(1) Demolombe, IV, n. 76; Duranton, II, n. 391 et 423; Vazeille, II, n. 507 et 511. — Toulouse, 26 juin 1841, S., 41. 2. 515, D., 41. 2. 252. — Pau, 19 janv. 1852, S., 52. 2. 52, D., 52. 2. 198. — Toulouse, 13 juin 1857, S., 58. 2. 812, D., 58. 2. 102. — Montpellier, 3 févr. 1869, S., 69. 2. 134, D., 69. 2. 213. — *Contra* : Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 1, art. 1, n. 6; Laurent, III, n. 81. — Paris, 17 nov. 1838, S., 39. 2. 456, D., 39. 2. 33. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 205, n. 74 s.

et sur l'ordre des père et mère, au fond ils ont directement agi dans l'intérêt de leurs descendants? Rien n'empêche en définitive de leur reconnaître, à la fois, la double qualité de mandataires des premiers et de gérants d'affaires des seconds, d'autant que, s'ils ont formellement reçu la première, leur intention manifeste a dû être de s'octroyer la seconde, au cas où celle-là resterait inefficace. Du reste, comme leur recours contre les enfants se mesurerait à l'utilité des frais exposés en leur faveur, il n'y aurait pas à craindre de voir ces derniers grevés à leur insu d'un passif sans proportion avec leurs ressources.

2006. Si les charges pécuniaires du devoir d'éducation doivent rester, en principe, au compte des parents (1), est-ce à dire que, même au cas où ceux-ci sont en situation de les subir, elles ne doivent pas parfois être supportées par les enfants eux-mêmes?

Il se peut en effet que ces derniers aient des biens personnels. Il est certain tout d'abord que celui de leurs auteurs qui en a la jouissance légale est tenu de supporter personnellement ces frais, qui figurent, aux termes de l'art. 385-2°, parmi les charges de cette jouissance. Dans la mesure où les revenus qu'elle lui procure sont suffisants pour y subvenir, il ne peut donc y faire contribuer, ni l'autre époux, ni les enfants qui auraient d'autres facultés personnelles dont il ne jouirait pas (2).

2007. Mais on s'accorde aussi à décider que l'obligation, dont cesse d'être grevé, dans le cas précédent, celui des auteurs qui n'est pas investi du droit de jouissance légale, ne pèse plus ni sur l'un ni sur l'autre, lorsque, pour quelque cause que ce soit, ce droit n'appartient à aucun des époux, et que d'ailleurs les revenus des enfants suffisent à pourvoir à leurs besoins (3). Il est inutile d'invoquer en faveur de cette solu-

(1) Req. rej., 19 avril 1886, S., 90. 1. 109, D., 87. 1. 171.

(2) Aubry et Rau, VI, § 550 *bis*, p. 87; Demolombe, IV, n. 12; Demante, I, n. 285 *bis*, III; Valette sur Proudhon, II, p. 254, note *a*; Planiol, I, n. 1701-1°; Vazeille, II, n. 460; Fuzier-Herman, art. 203, n. 12. — Cpr. Surville, I, n. 378.

(3) Aubry et Rau, VI, § 547, p. 72, n. 3; Demolombe, IV, n. 13; Demante, *loc. cit.*; Duranton, II, n. 417; Proudhon, *De l'usufr.*, I, n. 186; Laurent, III, n. 44; Planiol, I, n. 1684; Fuzier-Herman, art. 203, n. 13 s. — Bordeaux, 21 mai 1835,

tion, comme on le fait généralement, l'argument d'analogie tiré de l'art. 209, qui est relatif à l'obligation alimentaire proprement dite. Mieux vaut se prévaloir, à cet effet, du principe de raison dont cette disposition s'inspire, et d'après lequel une personne qui peut se suffire à elle-même ne saurait imposer à une autre la charge de son entretien. Si la nécessité veut que les enfants dénués de ressources puissent compter sur celles de leurs père et mère jusqu'au jour où ils auront été mis en mesure de soutenir par eux-mêmes leur existence, la justice exige qu'ils mettent, d'abord, dans ce but, à contribution leur propre patrimoine, lorsque d'aventure ils en possèdent un. Mais, comme normalement ils n'en ont pas du vivant de leurs auteurs, l'art. 203 a pu mettre à la charge de ces derniers l'obligation de les entretenir et de les élever, sans spécifier qu'ils en seraient dégrevés dans la mesure où les facultés propres de leurs descendants permettraient de parer à cette dépense.

2008. Toutefois, si les parents peuvent imputer celle-ci sur les revenus personnels de leurs enfants, en principe ils ne sauraient entamer, pour y subvenir, leur fonds ou leur capital (1). Cette dépense, étant une charge annuelle, doit autant que possible être acquittée avec des ressources annuelles comme elle. Si celles des enfants qui peuvent y être affectées sont donc insuffisantes, l'obligation des père et mère persiste, dans la mesure de cette insuffisance.

Il se pourrait cependant que les parents ne trouvassent pas dans leurs propres revenus les moyens de faire face, soit en totalité, soit pour partie, à cette obligation. Est-ce alors avec leurs capitaux ou avec ceux de leurs descendants qu'elle

S., 36. 2. 19, D., 35. 2. 135. — Bastia, 29 déc. 1856, S., 57. 2. 333. — Bordeaux, 17 mars 1875, D., 77. 2. 207. — Trib. Quimper, 2 janv. 1902, D., 1903. 2. 7. — Cpr. Trib. Château-Gontier, 2 août 1904, D., 1905. 5. 5. Depuis ce jugement, à l'obligation pour le père de nourrir et élever ses enfants correspond, pour ces derniers, l'obligation de fournir le concours de leurs efforts et de leur travail, sans salaire ni indemnité, sauf stipulation contraire.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, IV, n. 14; Demante, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 203, n. 18. — Caen, 29 mars 1844, S., 44. 2. 348, D., 44. 2. 190. — Rennes, 9 nov. 1878, S., 79. 2. 181, D., 79. 2. 32. — *Contra* : Proudhon, *De l'usufr.*, I, n. 186. — Bordeaux, 21 mai 1835, précité.

devrait être acquittée? Avec ces derniers, à notre sens. Dans l'impossibilité où tous sont de couvrir, uniquement avec leurs revenus, les frais effectués, il est naturel qu'ils incombent, en première ligne, à ceux à qui ils profitent, puisque ce n'est qu'en tant que de besoin que d'autres sont appelés à les supporter.

II. *De l'étendue du devoir d'éducation.*

2009. Cette étendue, l'art. 203 la précise assez peu, puisqu'il se borne à dire que les père et mère ont l'obligation de « nourrir, entretenir et élever leurs enfants ». Le difficile n'est pas de découvrir à quelles nécessités répond chacune des parties de cette obligation. La nourriture, le vêtement, le logement, les soins en cas de maladie (1), et, d'une façon générale, tout ce qui est nécessaire au soutien de l'existence de la personne physique, tel est l'objet de leur devoir sous un premier rapport. Mais il en a un autre plus haut, qui est encore de veiller au développement moral et intellectuel de leur postérité, de l' « élever », comme dit notre article, c'est-à-dire d'en redresser les penchants, d'en étendre les facultés, et de cultiver en elle tout ce qui fait la force et la dignité de la personne humaine (2).

2010. Mais dans quelle mesure précise les père et mère sont-ils tenus de ce devoir? Le laconique art. 203 n'en a rien dit, et la doctrine ne s'en est pas toujours expliquée avec une netteté suffisante. Deux cas doivent être distingués.

Premier cas : L'enfant n'a pas de biens personnels. — Ses parents doivent alors satisfaire à ses besoins physiques, dans la mesure où le leur permet leur propre fortune (3). Ou plutôt, dans une formule qui, à notre sens, se rapproche plus de la vérité, ils doivent le faire participer, sous ce rapport, à leur genre d'existence.

Cette proposition implique donc, en premier lieu, qu'ils ne

(1) D'après l'art. 6 de la loi du 15 février 1902, les parents sont tenus d'assurer la vaccination antivariolique de leurs enfants pendant la première année de leur vie, et leur revaccination au cours de la onzième et de la vingt-et-unième année.
(2) Huc, II, n. 188 ; Planiol, I, n. 1680. — Bordeaux, 19 janv. 1888, S., 88. 2. 132.
(3) Aubry et Rau, VI, § 547, p. 72; Planiol, I, p. 543, note 2.

sauraient lui fournir tout juste ce qui lui est nécessaire pour vivre, alors qu'eux-mêmes vivent dans une large aisance ou même dans l'opulence. Ce devoir légal doit être compris, en effet, comme l'entendent et le pratiquent toutes les familles. Aussi la loi a-t-elle pu s'en remettre à ceux sur lesquels il pèse du soin d'en déterminer l'étendue, avec d'autant plus de confiance qu'ils s'en acquittent généralement avec plus de générosité ou même d'aveuglement que de parcimonie et d'égoïsme. Les enfants, ayant toujours part, dans nos sociétés modernes, à la communauté d'existence de leurs parents, ne sauraient donc être soumis à un régime différent du leur, sauf, bien entendu, les nécessités de leur instruction.

Mais notre proposition implique aussi, et les interprètes sont muets à cet égard, le droit pour les parents d'obliger l'enfant à vivre de la vie commune, lors même qu'ils se refuseraient le confort et les jouissances que leur fortune leur permettrait de s'accorder. C'est en ce point que la formule généralement donnée nous paraît sujette à critique. Est-ce qu'en effet l'enfant pourrait être plus exigeant que ses auteurs ne le sont pour eux-mêmes, sous prétexte qu'ils le sèvrent des agréments ou des distractions d'un luxe qu'il dépendrait d'eux d'entretenir? Nous ne pourrions le croire : les parents doivent avoir le droit primordial de mener la vie qui leur convient, c'est à-dire d'obéir à des croyances religieuses, à des convictions morales, ou à des vues économiques, qui leur font une loi de se priver de jouissances trop souvent amollissantes, pour secourir des infortunes imméritées ou donner à la production une direction plus conforme aux intérêts du plus grand nombre. Et on ne saurait, d'autre part, leur demander de trouver bon pour leur fils tout ce qu'ils trouvent mauvais pour eux-mêmes, ou les contraindre à lui procurer, à côté d'eux, une existence différente de la leur. Il se pourrait, sans doute, que leur épargne n'eût aucun motif sérieux, et qu'elle dégénérât même en une répugnante avarice. Mais la possibilité d'un abus, contre lequel l'enfant ne serait d'ailleurs pas sans défense, ne doit point leur faire retirer un droit sans lequel ils ne seraient plus réellement les maîtres ou les directeurs des destinées morales de celui-ci.

2011. Quant à la direction qu'ils doivent imprimer à ces dernières, la nature même des choses s'oppose à ce qu'on la détermine, et qu'on cherche à mesurer le développement qu'ils doivent, sous ce rapport, à l'enfant (1).

Mais, sous le rapport intellectuel, à quel genre d'instruction a-t-il droit? Certains commentateurs (2) résolvent implicitement cette importante question à l'aide de leur principe général, d'après lequel le devoir d'éducation doit être rempli « conformément à la position sociale et à la fortune » de ceux qui en sont tenus. Mais l'insuffisance de leurs explications éclate ici dans tout son jour; car, si l'on recherche jusqu'à quel degré d'instruction, primaire, secondaire ou supérieur, doit être poussée la culture de l'enfant, il résulterait de leur principe qu'elle dépend uniquement de la situation ou des ressources de ses père et mère, au lieu d'être subordonnée à ses propres aptitudes, ou adaptée à la carrière vers laquelle le poussent toutes les causes qui en règlent généralement le choix. Or de pareilles conséquences sont inadmissibles, et elles ne seraient, probablement, même pas admises par ceux qui invoquent le principe dont elles découlent logiquement. Les parents ne méconnaîtraient-ils pas bien plus qu'ils ne rempliraient la tâche d'élever leurs enfants, s'ils leur faisaient donner une instruction sans rapport avec leurs facultés ou leur future profession, et ne consultaient à cet égard que leurs propres ressources pécuniaires? La vérité est que, si ces ressources peuvent limiter les sacrifices auxquels ils sont tenus de ce chef, elles doivent rester sans influence sur la détermination du degré jusqu'auquel ils ont à faire faire leurs études à leurs enfants.

2012. Mais faut-il alors, comme d'autres auteurs (3) le prétendent, poser en règle que les parents ne doivent à leur postérité que l'instruction primaire? Qu'ils lui doivent au moins celle-là, et d'une façon toute spéciale, c'est ce qui n'était guère contestable, selon nous, même sous l'empire du code civil. Laisser l'enfant dans l'ignorance des notions les plus

(1) Demolombe, IV, n. 9.
(2) Demolombe, *loc. cit.*; Demante, I, n. 285 *bis*, II.
(3) Huc, II, n. 189 et 194.

élémentaires, ce n'est pas évidemment, à quelque opinion qu'on appartienne, contribuer comme il faut, pour l'élever, à son développement intellectuel, ni même moral. Et c'est ce qui est devenu encore plus indiscutable depuis la loi du 28 mars 1882, qui est venue sanctionner plus encore que consacrer le principe de l'instruction primaire obligatoire (1).

Mais les parents ne doivent-ils à leur enfant que celle-là? Aucun des arguments sur lesquels se fonde l'affirmative ne nous paraît décisif. A la vérité, Réal (2) fit remarquer « que c'est dans l'intention de restreindre cette obligation au premier âge, et pour faire sentir qu'elle cesse lorsque l'enfant est élevé, que la section de législation a placé le mot *élever* après celui *entretenir* ». Mais résulte-t-il de cette observation que l'obligation de lui procurer l'instruction cesse dès qu'il a dépassé l'âge où il apprend les éléments constitutifs du degré primaire? Nullement: la preuve en est que, cette observation étant tout à fait générale, rien n'empêcherait de l'entendre aussi de l'obligation de subvenir aux besoins physiques, et de la limiter pareillement au premier âge. Or, si cette interprétation est inacceptable pour celle-ci, elle ne l'est pas moins quant à celle-là, et, de fait, Réal l'a repoussée même pour cette dernière, en ajoutant qu'elle s'éteint seulement « lorsque l'enfant est élevé ». Car il ne l'est point encore, lorsqu'on s'est borné à lui donner les rudiments d'une connaissance qu'il ne dépendrait que de ses auteurs de lui voir étendre, pour arriver à son véritable développement intellectuel. Réal ne songeait donc qu'à montrer que le devoir des parents, loin de se prolonger indéfiniment, cesse, du moins sous cette forme, avec l'éducation de leur descendance.

Serait-ce, d'autre part, comme le soutient M. Laurent (3), parce que la loi ne limite pas expressément leur pouvoir sous ce rapport, qu'il leur serait loisible de régler à leur fantaisie la mesure de l'instruction que doit recevoir leur enfant? Et n'y aurait-il à leur charge qu'une obligation morale, mais non pas juridique, si regrettable que fût la méconnaissance de

(1) Cf. Huc, II, n. 192; Planiol, I, n. 1657, 1658-1° et 1680, p. 531, note 1.
(2) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 389, n. 22.
(3) III, n. 41 et 42.

celle-là, de lui faire donner une instruction « convenable »? Nous ne le pensons pas : leur devoir d'aider à son développement intellectuel et moral n'est pas moins une véritable obligation de droit que celui de subvenir à ses besoins physiques, et le caractère du devoir d'éducation ne se modifie pas avec son objet. Qu'ils jouissent d'un très large pouvoir d'appréciation, sans lequel serait anéanti l'un des plus précieux attributs de leur autorité, pour déterminer la nature et l'étendue de l'instruction dont doit profiter leur enfant, cela ne saurait faire qu'ils remplissent réellement leur devoir lorsqu'ils confinent volontairement un esprit éveillé dans des études rudimentaires, insuffisantes pour satisfaire sa curiosité ou pour le préparer à sa future carrière. Ce devoir ne dût-il pas être sanctionné juridiquement, ce qui est une autre question, qu'il n'en existerait pas moins. Et de ce que l'étendue n'en ait pas été explicitement indiquée, on ne saurait pas plus conclure qu'elle ne dépasse pas les limites d'une instruction élémentaire, qu'on ne saurait déduire, du silence de la loi, que l'enfant est suffisamment nourri lorsqu'il reçoit juste de quoi ne pas mourir de faim.

C'est qu'en effet, par cela seul qu'elle posait le principe de cette obligation sans rien ajouter, la loi s'en référait, quant à la manière dont elle devrait être accomplie, aux mœurs générales et à la façon normale dont les parents la comprennent et s'en acquittent. Il lui a paru que la conscience publique suffirait ici à marquer les bornes des obligations individuelles. N'exigeait-elle pas que l'enfant fût « élevé »? Or est-ce que l'opinion le considère comme tel, avant qu'il ait reçu toute l'instruction des gens qui appartiennent à son milieu ou qui se livrent à sa future profession, et que rien, rien que la volonté de ses parents, ne s'oppose à ce qu'il la reçoive? Non certes : c'est donc que, jusque-là, ces derniers n'ont pas rempli envers lui un devoir qui est tout aussi strict que celui qui les oblige à veiller au soutien de son existence matérielle. Vainement objecterait-on à notre doctrine que le législateur a montré, en 1882, que l'instruction primaire était seule, à ses yeux, obligatoire. De ce qu'il a voulu en assurer les bienfaits à tous les enfants et astreindre toutes les familles à les leur procurer,

en donnant à ses prescriptions une sanction pénale, on n'est pas plus autorisé à induire que le devoir des parents ne va pas au-delà, qu'on ne le serait à en conclure qu'avant les sanctions de la loi de 1882 ce devoir, même ainsi réduit, n'existait pas.

Nous conclurons donc en disant que, si l'obligation qui leur incombe de faire instruire leurs enfants a pour limite maxima, comme toutes les autres, l'étendue même des ressources qu'ils peuvent y affecter, ils sont néanmoins tenus de leur faire donner une instruction en rapport avec l'intelligence, le travail, la carrière future et la situation sociale de ceux à qui elle est due. Il leur appartient, d'ailleurs, mieux qu'à personne, en principe, de déterminer la mesure finale à laquelle aboutit la conciliation de toutes ces conditions ou exigences d'ordres divers. Cette doctrine, qui tient compte des intérêts des uns comme de l'autorité des autres, paraît, malgré sa généralité nécessaire, encore suffisamment précise pour permettre de saisir en toutes circonstances les violations d'une obligation à l'exécution de laquelle on ne doit pas attacher moins de prix qu'à celle de toutes les autres qui composent, avec elle, le devoir d'éducation. Elle permettrait, notamment, de prémunir l'enfant, comme on s'accorde à souhaiter qu'il puisse l'être, contre les caprices d'un père qui, après lui avoir fait commencer certaines études, ses études médicales par exemple, les interromprait sans motifs, au risque de compromettre tout son avenir, ou l'en détournerait sans raison, pour lui en faire entreprendre de nouvelles, au prix du même danger (1).

2013. C'est qu'on n'a point, selon nous, marqué sous ses divers aspects toute l'étendue du devoir d'éducation, lorsqu'on a dit que son accomplissement doit procurer le développement physique, intellectuel et moral de l'enfant. Encore faut-il ajouter, à notre sens, que les parents doivent s'efforcer de le mettre, dans la mesure du possible, en état de gagner sa vie et de se suffire par lui-même, au moins à compter de

(1) Bordeaux, 6 juil. 1832, S., 33. 2. 78, D., 33. 2. 26. — *Contra :* Laurent, III, n. 41.

sa majorité. Il n'est pas à penser, en effet, que la loi ait entendu considérer l'enfant comme élevé avant qu'il ne soit réputé tel dans l'opinion. Or il ne l'est, pour celle-ci, que lorsqu'il est réellement « instruit », c'est-à-dire, suivant l'étymologie de ce mot (1), préparé à soutenir avec ses seules forces, et dans la carrière qu'on lui a fait embrasser, sa propre existence. Dès lors il semble qu'une éducation qui ne poursuivrait que des fins spéculatives, au sens élevé de ce terme, et qui ne se préoccuperait pas de fournir à l'enfant des moyens de travail et des ressources pour l'avenir, ne serait pas plus conforme aux vues de la loi qu'elle ne le serait aux intérêts de celui-ci et aux exigences de la conscience générale.

Est-ce là exagérer la portée du devoir des parents? Il ne nous paraît pas; car, si la loi lui donne, sous un autre titre, un prolongement qui est l'obligation alimentaire, et qui les contraint à secourir leur descendance toutes les fois qu'elle est dans le besoin, quelle que soit l'origine de sa détresse, il doit apparemment entrer dans ses vues que cette détresse ne puisse pas résulter d'une inaptitude à gagner sa vie qui serait la conséquence d'une éducation sous ce rapport trop négligée, ou, en d'autres termes, que les parents mettent en mains à leurs enfants les instruments de travail indispensables. Et cette intention ne ressort-elle pas encore de l'art. 764, d'après lequel ce n'est, en principe, que faute d'avoir fait apprendre un art mécanique aux enfants adultérins ou incestueux, que la succession de leurs auteurs leur doit des aliments? Or, si la pensée de cette disposition paraît être que leurs parents sont quittes envers eux, lorsqu'ils ont achevé leur éducation en leur donnant un métier manuel, c'est qu'à l'inverse, celle-ci ne doit pas être considérée comme terminée, lorsque les enfants n'ont pas été mis à même de subvenir personnellement à leurs besoins.

2014. On jugera peut-être que ces précisions sont au moins inutiles. Qu'importe, dira-t-on, que les père et mère doivent mettre leurs descendants en état de gagner leur vie, puisque, s'ils ne le font pas et contreviennent ainsi à leur

(1) *Instructus*, de *instruere*, munir, pourvoir.

devoir d'éducation, ils sont tenus de les assister, à quelque âge que ce soit, en vertu de l'obligation alimentaire proprement dite? Notre sentiment est, au contraire, que ces explications offrent un assez grand intérêt. Non seulement elles précisent les exigences théoriques d'un devoir dont l'importance sociale est considérable, mais elles permettent, en pratique, de rechercher, pendant son accomplissement même, s'il est convenablement rempli, c'est-à-dire si, avant même qu'il puisse s'agir de l'obligation alimentaire, l'éducation est dirigée réellement, comme elle doit l'être en partie, vers des fins utiles, sans la poursuite desquelles elle risque de faire de l'homme le plus cultivé un impuissant, quant aux nécessités matérielles auxquelles il a à faire face. Et la détermination du principe qui doit intervenir dans cette recherche est indispensable, si, comme on le pense généralement, on peut recourir devant les tribunaux contre les décisions de celui qui a la charge de cette éducation, dans les cas où il paraît s'en acquitter contrairement aux intérêts des enfants.

2015. Deuxième cas : L'enfant a des biens personnels. — On décide généralement (1), en ce cas, que les dépenses de son éducation doivent être proportionnées aux revenus de ces biens, et non plus aux ressources de ses parents, sans distinction entre les biens dont ces derniers ont la jouissance et ceux qui restent en pleine propriété à l'enfant. Car, si ces dépenses sont incontestablement une charge de cette jouissance, il n'empêche qu'il y a lieu, pour en déterminer l'importance, de prendre aussi en considération les revenus propres de l'intéressé, qui doivent y contribuer lorsque ceux dont il ne jouit pas sont insuffisants pour le faire élever comme il doit l'être.

Cette proposition ne nous paraît pas complètement exacte, et ce sous un double rapport. D'une part, il se pourrait qu'on dût faire entrer en ligne de compte, dans l'appréciation du montant de ces dépenses, les revenus des parents eux-mêmes. C'est ce qui arriverait certainement, si ceux de l'enfant ne

(1) Aubry et Rau, VI, § 550 *bis*, p. 87; Demolombe, IV, n. 12; Planiol, I, n. 1701-1° et p. 543, note 2.

devaient pas y suffire. De ce qu'ils doivent être les premiers mis, pour cet objet, à contribution, il ne s'ensuit nullement qu'ils doivent l'être exclusivement, et partant que ces dépenses soient uniquement proportionnées à leur étendue. Nul n'admettrait évidemment, en dépit des formules reproduites par tous les auteurs, que le fils d'un millionnaire ne dût être élevé qu'avec les quelques centaines de francs que lui produirait annuellement un petit pécule personnel.

D'autre part, abstraction faite de cette première inexactitude, il ne nous paraît pas plus vrai de dire que les revenus de l'enfant doivent servir de mesure aux frais de son éducation, qu'il ne l'est d'affirmer, lorsqu'il n'a pas de fortune personnelle, que ceux-ci doivent être proportionnés aux ressources de ses père et mère. Toutes les considérations qui nous ont servi à infirmer cette dernière proposition s'élèvent, avec la même force, contre la précédente. La part de vérité contenue dans celle-ci, c'est que les parents ne sauraient se refuser à faire donner à l'enfant une éducation en rapport avec sa situation, ses aptitudes et sa future carrière, par un simple motif d'économie, lorsque ses revenus, joints aux leurs, sont amplement suffisants pour fournir aux frais qu'elle nécessite. Mais elle nous semble tout à fait fausse, en tant qu'elle tendrait à faire croire que cette éducation doive être nécessairement d'autant plus soignée et que ses études doivent être poussées d'autant plus loin qu'il a une fortune personnelle plus considérable. Nous ne saurions admettre que l'existence de celle-ci suffise à priver les parents du droit de diriger les destinées de leur enfant, par suite de le soumettre au régime qui leur paraît pour lui, physiquement et moralement, le meilleur, et de lui faire donner une instruction appropriée à sa nature et à ses occupations ultérieures, sauf à eux à répondre, s'il y avait lieu, de leurs erreurs ou de leurs abus de pouvoir devant qui de droit.

III. *Sanction du devoir d'éducation.*

2016. On ne saurait admettre, en effet, que le pouvoir des parents soit omnipotent, et qu'il dépende d'eux de faire élever

leurs enfants contrairement aux intérêts les plus évidents de ceux-ci, ou de négliger par trop l'éducation qu'ils sont tenus de leur donner. Cette obligation est pour eux une véritable obligation civile, et non pas un simple devoir de conscience, ainsi que le prouve l'art. 203 et que le corrobore l'art. 204, qui, en refusant à l'enfant une action en justice contre ses père et mère pour son établissement, indique assez qu'il y a pour eux autre chose qu'une pure obligation naturelle dans le devoir d'éducation.

Mais quelle est la sanction de ce devoir? Il en est une, tout d'abord, qui résulte de la loi du 28 mars 1882 : cette loi prononce des pénalités contre les parents qui négligent de faire donner à leurs enfants l'instruction primaire, qu'elle déclare absolument obligatoire (1).

Il en est une autre, pareillement, qui est susceptible de résulter de la loi du 24 juillet 1889 : elle permet de prononcer la déchéance de la puissance paternelle dans un certain nombre de cas qu'elle spécifie. Ceux qui en étaient investis ne paraissent plus dignes alors de cette mission de confiance, par conséquent de diriger désormais l'éducation de leurs enfants.

2017. Mais ces deux lois n'ont fait que réprimer les écarts les plus graves (2). Comment atteindre les autres manquements au devoir d'éducation? A l'aide d'une action que doit nécessairement engendrer celui-ci, s'il est constitutif, comme on le reconnaît unanimement, d'une véritable obligation civile (3). Mais à qui cette action appartient-elle ?

Qu'elle appartienne à l'enfant, c'est ce qui ne saurait être douteux, puisque c'est à son profit, et, par suite, directement envers lui, que ses parents sont obligés, que c'est à ses besoins physiques, intellectuels ou moraux qu'ils sont tenus de donner satisfaction. Il l'exercera donc en personne chaque fois qu'il aura capacité pour le faire. Et partant il portera sa récla-

(1) Cf. art. 12 à 14 de cette loi.

(2) Cf. Planiol, I, n. 1658. — Pour l'obligation de faire vacciner ou revacciner les enfants, cf. la loi du 15 février 1902, art. 6 et 27.

(3) Aubry et Rau, VI, § 547, p. 72, n. 1; Demolombe, IV, n. 9, et VI, n. 372; Planiol, I, n. 1686; Surville, I, n. 362; Demante, I, n. 285 *bis*, II. — Bordeaux, 6 juill. 1832, D., 33. 2. 26. — *Contra :* Marcadé, II, art. 385-II, n. 159; Coffinières, *Encycl. jur.*, v° *Aliments*, § 1, n. 6; Fuzier-Herman, art. 203, n. 19 s.

mation devant les tribunaux, soit, s'il est mineur émancipé, avec l'assistance de son curateur ordinaire (arg. art. 482), ou, si ce dernier est celui-là même contre lequel il se propose d'agir, d'un curateur *ad hoc*, soit tout seul, s'il est majeur et maître de ses droits (1). On objectera peut-être, dans ce dernier cas, qu'il ne saurait plus exiger, à compter de sa majorité, l'accomplissement d'un devoir qui finit dès qu'il l'a atteinte, et qu'il ne peut plus se prévaloir que de l'obligation alimentaire, s'il est hors d'état de suffire aux nécessités de son existence. Mais cette objection ne saurait être accueillie, si l'on admet avec nous que l'éducation n'est complète que lorsqu'elle a procuré à celui qui l'a reçue les moyens de subvenir à ses besoins. Effectivement, si le majeur n'avait pas été réellement mis en mesure de le faire, sans qu'il y eût de sa faute, il nous paraît qu'il serait fondé, malgré son âge, à réclamer, non pas une simple pension alimentaire, qu'il répugnerait à sa dignité d'accepter en faisant ainsi l'aveu d'une impuissance définitive, mais le moyen de parfaire son éducation, pour se tirer d'embarras par son travail personnel.

Que si l'enfant, encore mineur, a perdu l'un de ses auteurs et se trouve en tutelle, l'action sera exercée en son nom, soit par son tuteur, si la tutelle n'a pas été déférée au survivant, soit, dans le cas contraire, par le subrogé tuteur, à raison de l'opposition qui existe entre les intérêts du pupille et ceux de son représentant légal (art. 420, 2e al.) (2).

2018. Mais il ne semble pas qu'elle puisse être intentée en son nom par personne, lorsque ses deux auteurs, d'ailleurs légitimes, sont encore vivants, et qu'en conséquence le père seul a la charge de ses intérêts (art. 389). En ce cas nul ne saurait agir à la place de son représentant : la mère même n'a aucunement, sous le régime de l'administration légale, vis-à-vis du père, un rôle analogue à celui du subrogé tuteur vis-à-vis du tuteur, de telle sorte qu'elle n'a pas qualité pour suppléer son mari lorsque ses intérêts sont contraires à ceux

(1) Laurent, III, n. 41.
(2) Demolombe, IV, n. 9; Planiol, I, n. 1686; Surville, I, n. 362.

de l'enfant (1). Tout au plus pourrait-on décider qu'il doit être alors nommé à celui-ci un représentant *ad hoc,* chargé d'exiger en justice du père l'exécution du devoir auquel il se soustrait. Et nous ne voyons pas ce qui s'opposerait ici à cette désignation, si l'on admet qu'elle est possible toutes les fois qu'une opposition d'intérêts se manifeste entre l'administrateur légal et son enfant. D'intérêt, en est-il de plus primordial, pour ce dernier, que celui qu'il a à être convenablement élevé ?

2019. Mais n'y a-t-il que l'enfant qui puisse, par lui-même ou par son représentant, saisir le juge des réclamations relatives à son éducation ? Nous ne le pensons pas, et l'opinion contraire n'est guère adoptée que par M. Laurent (2), qui refuse d'ailleurs l'action même à l'enfant, de telle sorte que le code aurait conféré aux parents « un pouvoir absolu, dont ils usent comme ils veulent et sans contrôle aucun ». Il ne paraît pas vraisemblable, en effet, qu'ayant édicté une obligation d'une telle importance, il ait laissé à ceux à qui elle incombe la liberté de s'y soumettre ou d'y échapper à leur guise. Et serait-ce bien une véritable obligation, engendrant une action, comme elle doit le faire de l'aveu de cet auteur, que celle dont l'accomplissement ne pourrait être exigé en justice par personne, pas même par l'intéressé ? Le pouvoir des parents ne peut donc pas être souverain, d'autant qu'il s'agit moins d'un pouvoir que d'un devoir des plus stricts, et que l'exercice de la puissance paternelle reste toujours soumis, selon nous, au contrôle des tribunaux.

Toute la question est donc de savoir s'il n'est pas permis à d'autres qu'à l'enfant de provoquer ce contrôle. Et ce droit nous paraît devoir être accordé à la mère, à tout autre ascendant ou au conseil de famille lui-même, agissant par l'intermédiaire d'un de ses membres, délégué à cet effet. Il était déjà reconnu à la mère par notre ancien droit, tout au moins quand le père faisait donner à ses enfants « une éducation contraire à la décence ou aux bonnes mœurs » (3). Comment le

(1) Cpr. Planiol, *loc. cit.*; Surville, *loc. cit.*
(2) III, n. 41. — Cpr. aussi Planiol, I, n. 1686.
(3) *Nouveau Denizart,* VII, v° *Education,* n. 3.

lui refuserait-on aujourd'hui, alors que l'art. 203 semble voir dans le consentement donné au mariage par les époux la source d'une obligation réciproque, qui naît à la charge et au profit de chacun d'eux, de telle sorte qu'il puisse en réclamer à l'autre l'exécution, le cas échéant? Vainement dirait-on que la mère ne peut avoir ici qu'un intérêt moral à la réclamer. D'une part, il n'est pas de circonstance dans laquelle un intérêt de cette nature puisse plus raisonnablement que dans celle-ci donner exceptionnellement ouverture à une action. D'autre part, cet intérêt moral est susceptible de se doubler d'un intérêt pécuniaire : il apparaît notamment lorsque le mari n'emploie pas comme il doit les ressources du ménage à faire face aux frais d'éducation et laisse avancer ces frais par un tiers, admis à se retourner ensuite contre la femme. Il est vrai que le père a seul, durant le mariage, l'exercice de la puissance paternelle : mais il ne suit pas de là que la mère ne puisse point, sans réclamer pour elle cet exercice, s'élever contre l'abus qui en serait fait. Et vraiment il serait étrange qu'on la condamnât au silence, alors qu'on serait tenté plus tard d'interpréter son abstention comme une complicité, et de lui refuser en conséquence la puissance qu'on aurait cru devoir retirer à son mari (1).

2020. Enfin il paraît logique de reconnaître la même faculté aux ascendants ou au conseil de famille, car il se pourrait que l'enfant ne trouvât pas dans sa mère la protection attendue, et il importe qu'elle ne lui fasse jamais défaut (2). Or l'intérêt moral de la famille sert plus que suffisamment de principe à son action, sans compter que les ascendants tout au moins sont éventuellement intéressés à ce que le défaut d'éducation de l'enfant ne se traduise pas plus tard, pour eux, par la charge de l'obligation alimentaire.

2021. Mais le droit d'action ne saurait être, selon nous, conféré au ministère public, comme il le lui était dans notre

(1) Demolombe, IV, n. 9; Demante, I, n. 285 *bis*, II. — *Contra :* Laurent, III, n. 41; Planiol, I, n. 1686.

(2) Demolombe, IV, n. 9; Demante, *loc. cit.* — Cpr. Surville, I, n. 362. — *Contra :* Laurent, *loc. cit.*

ancienne jurisprudence, au témoignage de Pothier (1). Il doit lui être dénié, en présence du premier alinéa de l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810, s'il est vrai, comme nous le pensons, que le ministère public ne peut agir en justice, en matière civile, que dans les cas formellement exprimés par la loi, et que le second alinéa ne lui permet de poursuivre que par la voie extrajudiciaire l'exécution des dispositions intéressant l'ordre public (2).

2022. Il convient d'observer, au surplus, que le droit de contrôle du juge ne saurait annihiler le droit des parents de diriger l'éducation de leurs enfants, et, par suite, que le premier ne saurait servir qu'à réprimer les abus réels auxquels donnerait lieu le second. C'est dire que le juge ne saurait se montrer trop réservé lorsqu'on sollicite son intervention en pareille matière, et qu'il ne doit user de son autorité que lorsque les parents mésusent incontestablement de la leur.

2023. Tel est le devoir d'éducation. S'il oblige les père et mère, en droit comme en raison, à élever ceux auxquels ils ont donné la vie, les astreint-il encore à leur procurer, au moment opportun, un établissement convenable, c'est-à-dire à les doter quand ils se marient ou lorsqu'ils essaient de pourvoir à leurs besoins par un travail personnel?

Deux systèmes s'offraient, à cet égard, aux rédacteurs du code civil, celui du droit romain, qui obligeait l'ascendant investi de la *patria potestas* à doter les enfants placés sous sa puissance (3), et qui avait passé dans nos pays de droit écrit, avec les modifications que comportait la constitution de la famille à l'époque, et celui des pays de Coutumes, où, sauf en Normandie, on tenait pour principe que « ne dote qui ne veut ». C'est ce dernier qui sortit triomphant du « premier combat en règle » (4) qui se soit engagé, précisément à ce sujet, entre les partisans du droit écrit et les adeptes du droit

(1) *Op. cit.*, n. 384.

(2) Demolombe, IV, n. 9; Laurent, III, n. 41. — Cpr. Planiol, I, n. 1686, et p. 539, note 1. — *Contra :* Demante, *loc. cit.* — Cpr. Surville, *loc. cit.*

(3) L. 19, D., *De ritu nupt.*, XXIII, 2. — Cf. Accarias, *Précis de dr. rom.*, I, n. 84; Girard, *Manuel de dr. rom.*, 2e éd., Paris, 1898, p. 622.

(4) Maleville, *Analyse rais. du C. civ.*, I, p. 219.

coutumier : « *L'enfant,* dit l'art. 204, *n'a pas d'action contre* » *ses père et mère pour un établissement par mariage ou autre-* » *ment.* »

En s'en rapportant à l'affection des parents, qui se montre à cet égard si rarement avare, le législateur de 1804 a été bien inspiré. Les charges de l'éducation leur sont assez lourdes pour qu'ils puissent se dispenser, lorsqu'ils ont fait donner à leurs enfants les connaissances qui leur permettent de se livrer à un travail suffisamment rémunérateur, de leur fournir, par surcroît, les ressources matérielles et pécuniaires que leur établissement exige. Leur intérêt, d'ailleurs, est le plus sûr garant qu'il ne les leur ménageront pas, s'ils en ont le moyen, car mieux vaut pour eux seconder une entreprise qui doit presque toujours être aidée au début, que s'exposer, en cas d'échec de celle-ci, à subvenir, en vertu de l'obligation alimentaire qui leur incombe, aux besoins de ceux qui auraient succombé faute d'aide. C'eût été donc énerver inutilement l'autorité paternelle, déjà si faible, que de faire une obligation civile d'un devoir que les parents sont naturellement portés à remplir si volontiers, et affaiblir l'esprit d'initiative et l'énergie individuelle que de donner aux enfants l'assurance d'obtenir d'autrui les moyens d'action qu'ils doivent, avant tout, attendre d'eux-mêmes (1).

Mais les père et mère qui dotent leurs enfants acquittent-ils une obligation naturelle, ou n'obéissent-ils qu'à un simple devoir de conscience ? C'est là une question d'un très grand intérêt pratique, mais qui ne doit pas être examinée à cette place (2).

SECTION II

DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

2024. L'obligation alimentaire, qui astreint certaines personnes à subvenir aux besoins de certaines autres, lorsque

(1) Cf. Pothier, *Traité de la communauté,* n. 646 ; Planiol, I, n. 1727.

(2) Civ. rej., 17 déc. 1901, S., 1905. 1. 37, D., 1903. 1. 153. — D'ailleurs, quoique non obligé à doter ses enfants, il a été jugé que le père n'en est pas moins tenu de payer les dépenses de leur mariage, quand il y a consenti. Cette obligation, quant à son étendue, est déterminée par la situation sociale de celui qui en est tenu.

celles-ci sont impuissantes à y pourvoir par elles-mêmes, ne dérive évidemment pas du devoir moral qui nous ordonne de secourir nos semblables. Elle ne doit pas être confondue, en effet, avec le devoir d'assistance juridiquement sanctionné dans certains pays, où l'impôt réclame indistinctement à ceux qui possèdent une contribution destinée au soutien de l'existence des indigents. L'étendue de la première est infiniment plus restreinte, puisque, dans la famille même, elle ne dépasse pas un cercle des plus étroits. Sa source est donc ailleurs, et c'est, selon nous, la solidarité qui doit unir les membres d'un même groupe familial. Si la communauté d'affections et d'intérêts de toutes sortes qui existe entre eux n'est pas un vain mot, elle doit nécessairement se traduire par l'obligation stricte de fournir leur subsistance à ceux qui ne parviennent pas à la gagner par leur travail personnel. Sinon elle retomberait à la charge de la collectivité tout entière, c'est-à-dire d'un ensemble d'individus qui doivent être, après tout, moins solidaires les uns des autres que ceux qui composent une même famille. C'est donc à celle-ci qu'il appartient, en première ligne, de remédier aux infortunes de ses membres.

Ce principe peut du reste, en théorie, être entendu d'une façon plus ou moins large, car tous ces liens qui donnent à la famille sa cohésion, comme ils lui imposent cette responsabilité, s'affaiblissent à mesure que sa sphère s'agrandit. Les limites de l'obligation alimentaire doivent donc s'étendre plus ou moins, suivant la conception plus ou moins haute, plus ou moins sévère, qu'on a de cette solidarité nécessaire, qui est le ciment des foyers : elles dépendent en somme, dans chaque société, des développements qu'y a pris l'esprit d'individualisme. Et dès lors il paraît souverainement arbitraire de prétendre (1) qu'elle ne saurait jamais exister qu' « entre ascendants et descendants ou alliés au même titre. » S'il est incontestable qu'elle doive naître tout d'abord dans les rapports des personnes qui descendent médiatement ou immédiatement l'une de l'autre, on ne voit pas pourquoi elle ne

(1) Huc, II, n. 198.

pourrait pas être engendrée par l'étroit lien qui unit des collatéraux aussi rapprochés que les frères et sœurs, quoiqu'ils ne se soient rien « donné » l'un à l'autre. Car c'est rabaisser le caractère de cette obligation que d'en faire, en quelque sorte, pour celui qui l'acquitte un mode de restitution de ce qu'il a reçu, ou une charge de la paternité. A ce compte, on n'expliquerait guère d'une façon satisfaisante qu'elle incombe à un beau-père vis-à-vis de son gendre ou de sa belle-fille et réciproquement, car c'est se payer de mots que de dire qu'à ce degré l'alliance participe des effets mêmes de la parenté. Ainsi, on ne saurait trouver mauvais, ni illogique, quoi qu'on ait dit, que, considérée comme une conséquence de la solidarité familiale et non pas seulement des rapports de paternité et de filiation, l'obligation alimentaire ait été étendue par certaines législations au delà du cercle, peut-être un peu restreint, dans lequel elle a été enfermée par la nôtre. Mais en retour, étant donné son fondement, on ne saurait lui faire franchir non plus les limites qui lui ont été explicitement ou implicitement assignées dans chacune, sous prétexte d'obéir à des considérations morales plus ou moins impérieuses, auxquelles le législateur seul avait qualité pour accorder satisfaction (1).

Trois grandes questions doivent être examinées relativement à l'obligation alimentaire : entre quelles personnes existe-t-elle ? Dans quelle mesure ? Comment doit-elle être acquittée ?

§ I. *Des personnes entre lesquelles existe l'obligation alimentaire.*

2025. Cette obligation n'existe dans notre droit qu'entre ascendants et descendants, entre alliés au même titre, et entre époux, même alors que l'un d'eux est décédé, auquel cas elle est à la charge de sa succession.

(1) Cpr. Laurent, III, n. 46 et 47; Huc, II, n. 197 et 198; Planiol, I, n. 661; Beudant, I, n. 367 et 369.

1. *De l'obligation alimentaire entre ascendants et descendants.*

2026. « *Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin.* » Telle est la disposition à laquelle se bornait l'ancien article 205, et qui ne constitue plus que son premier alinéa depuis la loi du 9 mars 1891. Elle consacre le devoir le plus strict qui puisse s'imposer à un être envers ceux dont il tient la vie, qu'il en descende médiatement ou immédiatement. C'est bien le moins, pour obéir à la loi de la solidarité familiale, qu'il assure l'existence de ceux à qui il doit la sienne, et aussi, suivant une idée traditionnelle moins relevée, qu'il leur rende en secours tous les sacrifices que son éducation leur a coûtés : « parentibus alimenta non præstitis, sed redditis » ; « iniquissimum enim quis dixerit patrem egere quum filius ejus abundaverit ».

2027. Mais, si cette obligation existe *in infinitum* à la charge des descendants vis-à-vis de leurs ascendants, ces derniers en sont tenus à leur tour, dans la même mesure, envers leur postérité. Ainsi le veut l'art. 207, aux termes duquel « *les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques* ». C'est donc sans aucun motif que d'anciens auteurs (1) prétendirent qu'il dépendait du juge de dispenser les aïeuls et aïeules d'une obligation qui ne leur avait pas été « littéralement imposée ». Elle ressort, au contraire, des termes généraux de ce texte, qui vise aussi bien l'art. 205 que l'art. 206, et dont on saurait d'autant moins restreindre l'application à ce dernier, que ces trois dispositions n'en formaient, dans le projet primitif, qu'une seule, divisée en trois alinéas (2). Ne voit-on pas, du reste, que les père et mère eux-mêmes ne seraient pas tenus de cette obligation, si elle ne leur était pas imposée par l'art. 207, puisque le devoir d'éducation prend fin dès que l'enfant est élevé (3) ?

(1) Toullier, II, n. 612. — Cpr. Locré, *Espr. du C. Nap.*, II, p. 324.

(2) Locré, *Lég.*, IV, p. 432 et 433, art. 47.

(3) Aubry et Rau, VI, § 553, p. 98, n. 3; Demolombe, IV, n. 23; Demante, I, n. 289 et 289 *bis*, I; Duranton, II, n. 387 et 388; Duvergier sur Toullier, II, n. 612, note 3; Marcadé, I, art. 205-I, n. 709 et 710; Laurent, III, n. 58; Huc, II, n. 198;

2028. La dette alimentaire dont il vient d'être parlé est présentée, à notre Titre, comme un des effets du mariage : n'existe-t-elle donc pas entre les enfants illégitimes et leurs auteurs, lorsque leur filiation est légalement constante? Si cette question est une en morale, en droit elle se décompose en deux autres, qui s'offrent dans des conditions sensiblement différentes.

La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour admettre que cette obligation incombe aux père et mère envers leurs enfants illégitimes (1). Elles induisent cette solution des art. 762 s., qui, en obligeant la succession des père et mère adultérins ou incestueux à fournir des aliments à leurs enfants, reconnaissent implicitement, par là-même, qu'ils les leur doivent de leur vivant; car il serait par trop étrange qu'un devoir de cette nature ne commençât, pour les parents, qu'au jour de leur mort. A plus forte raison le droit aux aliments doit-il être reconnu aux enfants naturels simples, auxquels la loi fait, à tous égards, une situation moins défavorable (2). Il est donc permis, sans faire appel au prétendu droit naturel, de suppléer, avec les textes mêmes de la législation positive, à l'absence d'une disposition expresse sur ce point.

2029. Mais les enfants illégitimes sont-ils réciproquement tenus de la même obligation envers leurs auteurs? On pourrait fortement en douter, quoique l'affirmative soit presque

Planiol, I, n. 664 A; Surville, I, n. 253-1°; Vazeille, II, n. 488; Fuzier-Herman, art. 207, n. 11 s. — Req. rej., 28 oct. 1807, S., 08. 1. 45, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 622. — Lyon, 25 août 1831, S., 32. 2. 429, D., *eod. loc.*, n. 732.

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 1, art. 2, n. 5; Aubry et Rau, VI, § 571, p. 215, n. 22, et § 572, p. 225, n. 28; Demolombe, IV, n. 17, et XIV, n. 127; Demante, I, n. 284 *bis*, II; Proudhon, II, p. 160; Toullier, II, n. 976; Duranton, II, n. 377; Delvincourt, I, p. 91, note 9; Marcadé, I, art. 205-I, n. 709; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 353, et II, n. 532; Taulier, I, p. 331; Planiol, I, n. 664 A; Surville, I, n. 253-1°; Beudant, I, n. 371; Vazeille, II, n. 499; Loiseau, *Des enfants naturels*, p. 552 s. et 750. — Req. rej., 16 nov. 1808, S., 09. 1. 110, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 623. — Req. rej., 27 août 1811, S., 12. 1. 13, D., *Rép.*, v° *Paternité*, n. 565. — Bordeaux, 22 fév. 1851, S., 51. 2. 494, D., 51. 2. 197. — Toulouse, 25 juil. 1863, S., 64. 2. 137, D., 63. 2. 139. — Req. rej., 13 juil. 1886, S., 87. 1. 65, note de M. Chavegrin, D., 87. 1. 119. — Cpr. Laurent, III, n. 60; Huc, II, n. 210 s.

(2) Cf. cep., en ce qui concerne l'enfant naturel visé par l'art. 337 C. civ., Planiol, I, n. 666.

unanimement admise. C'est qu'on ne peut plus l'induire du titre des successions, car l'existence du droit héréditaire accordé, par l'art. 765, aux père et mère des enfants naturels simples, n'implique nullement celle du droit de leur réclamer des aliments. Ces deux facultés légales s'inspirent de motifs tout différents, à ce point que la dernière appartient parfois à des personnes, les ascendants du second degré par exemple, auxquelles, pour la dévolution de la succession, on en préfère d'autres, les frères et sœurs, qui ne la possèdent pas. Vainement aussi se prévaut-on de la réciprocité de l'obligation alimentaire, et prétend-on faire résulter de la combinaison des art. 765 et 207, pour ceux qui y sont soumis, le droit corrélatif d'en réclamer, à leur tour, le bénéfice. Cette réciprocité n'est pas en effet de l'essence, mais seulement de la nature de cette obligation, et elle n'a été formellement consacrée par l'art. 207 que pour celles qu'établissent les dispositions qui le précèdent, c'est-à-dire les art. 205 et 206. Sans doute il y aurait impiété de la part d'un enfant naturel à refuser à ses parents la subsistance sans laquelle la vie leur est impossible : « necare videtur et is qui alimonia denegat » (1). Mais ne sait-on pas qu'à cet égard le devoir moral le plus strict ne saurait devenir juridiquement obligatoire que tout autant qu'il a reçu une consécration légale au moins implicite? Et serait-il interdit de supposer, dans le silence absolu de la loi, qu'elle n'a pas voulu que les parents trouvassent le principe d'une action dans la faute dont ils se sont rendus coupables envers leurs enfants, surtout alors que la filiation de ces derniers est adultérine ou incestueuse? Cette considération rationnelle a paru assez forte à certains auteurs, pour qu'ils refusent aux parents, tout au moins dans ce dernier cas, le droit aux aliments (2).

La solution à laquelle se sont arrêtées la doctrine et la jurisprudence (3) est donc moins facile à justifier en droit,

(1) L. 4, *De agn. et al. lib.*, XXV, 3.

(2) Aubry et Rau, VI, § 572, p. 227, n. 39. — Cpr. Surville, I, n. 254 *in fine;* Chabot, *Des succ.*, II, art. 765; Malpel, *Des succ.*, n. 173.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 1, art. 2, n. 11; Aubry et Rau, VI, § 571, p. 214, n. 19 et 20; Demolombe, IV, n. 18 et 19; Demante, I, n. 284 *bis*, II; Delvincourt,

quoiqu'elle ait pour elle l'autorité de la tradition (1), que moralement. Mais peut-être pourrait-on dire, en sa faveur, que la méthode vicieuse du législateur, qui traitait, à propos du mariage, d'une obligation susceptible d'exister en dehors de lui, l'a seule empêché de la consacrer explicitement dans les rapports des parents naturels.

2030. Du reste, en aucun cas les enfants illégitimes ne pourraient être tenus de fournir des aliments aux ascendants de leurs auteurs, leur filiation, lorsqu'elle est légalement constante, n'établissant jamais de lien de parenté qu'entre ces auteurs et eux. C'est à tort que cette application du principe a été contestée, car c'est bien évidemment pour de purs motifs d'honnêteté publique que, malgré l'absence de ce lien, le mariage a été interdit entre l'enfant et l'un des ascendants de ses auteurs. A l'inverse, et par identité de motifs, ces ascendants ne peuvent pas plus être obligés de fournir des aliments à ces enfants qu'ils ne sont admis à leur en réclamer (2).

2031. Mais il nous paraît, au contraire, que les père et mère naturels sont tenus de cette obligation même envers les descendants légitimes de leurs enfants, et qu'ils peuvent corrélativement s'en prévaloir à leur égard, si du moins on décide qu'elle incombe à leurs enfants du premier degré (3). La raison en est qu'il existe un lien de parenté entre les auteurs de l'enfant illégitime et les descendants légitimes de ce dernier, et que par suite, l'obligation alimentaire étant alors susceptible de la même extension que si les rapports de paternité et de filiation dérivaient du mariage, il a dû être dans

I, p. 92, note 2; Duranton, II, n. 396; Toullier et Duvergier, II, n. 1074, note *a;* Planiol, I, n. 664-B; Surville, I, n. 253-1°; Beudant, I, n. 371 et 372; Loiseau, *op. cit.*, p. 557. — Paris, 28 mars 1840, S., 40. 2. 425, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 631. — Cpr. Laurent, *loc. cit.;* Huc, II, n. 213 et 214. — *Contra*, pour les enfants adultérins : Trib. Lisieux, 14 nov. 1901, S., 1902. 2. 309.

(1) Cf. Pothier, *op. cit.*, n. 395.

(2) Demolombe, IV, n. 20; Duranton, II, n. 379; Laurent, III, n. 62; Planiol, I, n. 665. — Civ. cass., 7 juill. 1817, S., 17. 1. 289, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n 626. — *Contra :* Merlin, *Rép.*, v° *Puiss. pat.*, sect. III, § 2, n. 1, et v° *Aliments*, § 1, art. 2, n. 12.

(3) Demolombe, IV, n. 21. — Paris, 28 mars 1840, précité. — Cpr. Planiol, I, n. 665. — *Contra :* Laurent, III, n. 63.

l'intention du législateur de lui donner, implicitement, la même étendue.

II. *De l'obligation alimentaire entre beau-père ou belle-mère et gendre ou belle-fille.*

2032. « *Les gendres et belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leurs beau-père et belle-mère; mais cette obligation cesse, 1° lorsque la belle-mère a convolé en secondes noces, 2° lorsque celui des époux qui produisait l'affinité, et les enfants issus de son union avec l'autre époux, sont décédés* » (art. 206).

Il ressort de la combinaison de cette disposition avec l'art. 207 que l'obligation alimentaire existe entre certains alliés en ligne directe, au moins au premier degré; mais lesquels? Trois des termes de l'art. 206 sont susceptibles d'être pris dans une double acception. Celui de beau-père désigne normalement le père d'un des conjoints (*socer*), mais il peut être appliqué aussi au second mari de la mère d'un enfant, avec le même sens que parâtre (*vitricus*). De même, si par belle-mère on entend en général la mère d'un des époux (*socrus*), on peut nommer de la sorte la seconde femme du père d'un individu, la marâtre (*noverca*). Et enfin, si le terme de belle-fille s'applique ordinairement, comme synonyme de bru (*nurus*), à la femme d'un fils, il peut encore servir à désigner la fille du premier lit d'une femme remariée, c'est-à-dire une filiâtre (*privigna*) (1). Quant au mot gendre, au contraire, il a toujours désigné le mari de la fille d'un individu (*gener*), et jamais le fils qu'une femme a eu en premières noces (*privignus*) (2).

En opposant le « gendre » au beau-père et à la belle-mère, la loi a donc dissipé d'elle-même l'équivoque qui aurait pu naître de l'emploi de ces dernières expressions : elle a nettement exprimé que l'obligation alimentaire existe réciproquement entre les père et mère d'un époux et son conjoint, mais non entre les enfants du premier lit d'une personne et celle

(1) Cf. Loysel, *Glossaire du droit français*, éd. Dupin et Laboulaye, II, p. 447.
(2) Cf. Justinien, *Inst.*, I, 10, *De nupt.*, § 6 et 7.

avec laquelle elle s'est remariée (1). C'est même pour retirer formellement à ces derniers la faculté de se réclamer respectivement des aliments, que fut modifiée la rédaction primitive de notre article, qui paraissait la leur accorder en soumettant les enfants à cette obligation, non seulement envers leurs ascendants, mais encore envers « leurs alliés dans la même ligne » (2).

2033. Mais, en levant cette difficulté, ce changement en a fait surgir une autre : l'obligation alimentaire existe-t-elle entre chaque époux et les ascendants de son conjoint autres que ses père et mère, ou bien est-elle restreinte au premier degré de l'alliance, alors qu'elle ne s'arrête pas au premier degré de la parenté? Ce qui rend cette question délicate, c'est que cette restriction était assurément incompatible avec le texte du projet primitif, et qu'elle n'était pas non plus dans la pensée de Tronchet, sur la proposition duquel il fut amendé dans le but qu'on vient de voir. Faut-il donc faire prévaloir l'esprit de la loi sur son texte, qui ne parle littéralement que d'alliés du premier degré ? Nous nous y déciderions, quoique tout soit de droit étroit en cette matière, si cet esprit était certain; mais, à notre avis, il ne l'est pas. Il se peut fort bien, après tout, qu'on n'ait pas énoncé au Conseil d'Etat tous les motifs qui ont fait finalement adopter par lui et voter par le Corps législatif une rédaction par elle-même tout à fait restrictive. Or il y a d'autant plus lieu de s'en tenir à celle-ci, que, dans notre ancien droit, les auteurs mentionnaient seulement, comme alliés grevés de cette obligation, les beau-père et belle-mère, gendre et belle-fille (3), et qu'on comprendrait fort bien qu'elle n'eût été mise qu'à la charge des alliés les plus proches. En définitive, l'affinité crée si peu entre alliés, comme on le prétend, des rapports aussi étroits et des devoirs aussi stricts que la parenté, que l'obligation alimen-

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 2 *bis*, n. 4; Aubry et Rau, VI, § 553, p. 99, n. 4; Demolombe, IV, n. 24; Demante, I, n. 288 *bis*, I; Toullier, II, n. 612; Laurent, III, n. 59; Huc, II, n. 199; Planiol, I, n. 667; Beudant, I, n. 371. — Grenoble, 10 février 1903, S., 1904. 2. 243, D., 1904. 2. 469.

(2) Locré, *Lég.*, IV, p. 379, art. 2, et p. 388, n. 20.

(3) *Nouveau Denizart*, I, v° *Aliments*, § 6, n. 1; Rousseaud de la Combe, v° *Aliments*, sect. I, n. 2.

taire est susceptible de cesser, lorsqu'elle procède de la première, beaucoup plus facilement que lorsqu'elle dérive de la seconde (1).

2034. Elle cesse, en effet, entre alliés, aux termes de l'art. 206, dans deux cas :

1° Lorsque la belle-mère a convolé en secondes noces. Si sa nouvelle union n'est peut-être pas vue, comme on le dit parfois, défavorablement par la loi, du moins ne veut-elle pas que la pension à laquelle la veuve remariée pourrait avoir droit profite, en fait, à son second mari, qui doit personnellement subvenir aux besoins du ménage.

Son droit s'éteint donc, qu'il ait été ou non déjà consacré (2), lorsqu'elle convole, par une décision judiciaire. Et il s'éteint définitivement, de telle sorte que la dissolution de ce nouveau mariage ne saurait plus le faire revivre, lors même que le prétendu obligé n'aurait acquis la qualité de gendre ou de bru que postérieurement à ce convol ou même à la dissolution de la nouvelle union : l'obligation cesse alors avant d'être née (3). Cette décision, qui s'impose en présence de notre texte, ne s'explique bien, on doit l'avouer, que par le caractère de pénalité qu'on attache souvent à cette disposition.

2035. Mais, d'une part, cette extinction ne fait pas perdre à la femme la faculté de réclamer des aliments à ses propres enfants, même mariés, et à leurs descendants à quelque degré que ce soit (4), de telle sorte qu'au premier cas les gendres

(1) Proudhon, I, p. 446; Toullier, II, n. 612; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 356; Laurent, III, n. 59; Huc, II, n. 199; Planiol, I, n. 668; Fuzier-Herman, art. 206, n. 1; Coffinières, *Encycl. jur.*, v° *Aliments*, n. 19; Allemand, II, n. 1236. — Grenoble, 9 août 1862, S., 63. 2. 58, D., 63. 5. 24. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 99, n. 5; Demolombe, IV, n. 25; Demante, I, n. 288 *bis*, I; Duranton, II, n. 406; Valette sur Proudhon, I, p. 446, note *a;* Marcadé, I, art. 205-I, n. 709; Delvincourt, I, p. 92, note 4; Beudant, I, n. 371; Vazeille, II, n. 495. — Lyon, 12 août 1884, *Mon. jud. Lyon*, 11 déc. 1884. — Cpr. Surville, I, n. 253-2°.

(2) Demolombe, IV, n. 26.

(3) Demolombe, IV, n. 30; Laurent, III, n. 76; Huc, II, n. 200; Planiol, I, n. 670 2°. — Rennes, 5 mai 1826, S. chr., VIII. 2. 231, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 636. — Limoges, 17 nov. 1896, S., 1900. 2. 73, note de M. Lacoste, D., 97. 2. 463.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 99, n. 6, et p. 108, n. 30; Demolombe, IV, n. 31; Demante, I, n. 288 *bis*, II; Laurent, III, n. 76; Huc, *loc. cit.;* Planiol, I, n. 670-2°. — Colmar, 5 janv. 1810, S., 12. 2. 352, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 634. — Cpr. Poitiers, 25 nov. 1824, S., 25. 2. 304, D., 25. 2. 96.

ou brus supportent indirectement la charge de l'obligation alimentaire, par suite de la diminution de revenus que son acquittement entraîne pour leur conjoint, et qu'au second cette obligation doit être exécutée par les descendants de personnes qui n'en sont plus tenues elles-mêmes envers leur belle-mère. Pour être strictement logique, ce dernier résultat n'est peut-être pas plus satisfaisant.

2036. D'autre part, cette extinction, qui nuit à la belle-mère, ne lui profite-t-elle pas, tout au moins en ce sens qu'elle entraîne pour le gendre ou la belle-fille la perte de la faculté de lui réclamer eux-mêmes des aliments? Cette question est assez délicate pour qu'on puisse hésiter entre la négative et l'affirmative, vers laquelle pourtant nous inclinons. Et c'est un argument de texte qui finalement nous détermine. On dit bien, il est vrai, en s'appuyant précisément sur l'art. 206, que, s'il retire expressément le droit aux aliments à la belle-mère qui convole, il ne la décharge pas du même coup de son obligation envers ses gendre et belle-fille, et qu'après tout cette obligation n'est pas nécessairement réciproque. Sans doute, elle ne l'est pas par essence : aussi bien notre solution ne se réclame-t-elle point du principe de la réciprocité *in abstracto,* mais de l'art. 207, qui l'applique positivement. Or, lorsqu'il énonce que les obligations résultant des dispositions précédentes sont réciproques, on doit naturellement l'entendre en ce sens, non pas certes qu'une personne, dans tous les cas, ne soit tenue de fournir des aliments qu'à celles dont elle peut en exiger, mais qu'elle n'y est astreinte que dans les termes et dans la mesure où, d'après les dispositions précises des art. 205 et 206, elle peut y avoir droit elle-même. Dès lors, si la belle-mère n'y a plus droit lorsqu'elle s'est remariée, par contre-coup elle est pareillement libérée envers ceux vis-à-vis desquels elle était jusque-là obligée : sans quoi il n'y aurait plus réciprocité dans cette obligation, qui, éteinte en tant qu'elle est créancière, continuerait à la grever comme débitrice. Il ne semble donc pas que l'art. 207 n'établisse de réciprocité qu'au point de vue de la naissance, et non des causes de cessation, de cette obligation. D'ailleurs ne

s'accorde-t-on pas à dire qu'elle n'existe plus à la charge de personne dans la seconde hypothèse de l'art. 206, alors cependant qu'il n'y soustrait expressément que les gendres et belles-filles? Or, si on se fonde sur l'art. 207 pour y faire échapper alors, par voie de corrélation, les beaux-parents eux-mêmes, on est admis à s'en prévaloir tout autant pour la première hypothèse.

Nous n'entendons pas contester, à la vérité, que l'extinction de l'obligation ne puisse plus facilement s'expliquer au profit de toutes les parties dans la seconde que dans l'autre. D'une part, le convol de la belle-mère n'affaiblit pas le lien de l'alliance autant que la mort de l'époux qui produisait l'affinité et qui est décédé sans postérité. Et, d'autre part, il peut paraître singulier que la femme remariée puisse, par un acte de sa volonté, mettre fin au droit d'autrui. Mais toutes ces considérations tirées du fond ne nous semblent pas pouvoir l'emporter sur le texte, en une question dont toute la difficulté procède, il faut le dire, de ce qu'on ignore quelle a été l'exacte intention du législateur, lorsqu'il a privé la belle-mère, après son convol, du droit aux aliments. Sans doute cette privation devrait lui rester personnelle, si, comme certains l'affirment, elle constituait une véritable déchéance : *pœnalia non sunt extendenda*. Mais ce caractère n'est rien moins que démontré, et il serait, au surplus, en raison, assez peu justifiable. Sans garantir, de notre côté, qu'on ait uniquement redouté que la pension alimentaire ne fût affectée aux charges du nouveau ménage, et peut-être aux besoins du second mari de la belle-mère plus qu'aux besoins de celle-ci, ni qu'on ait considéré sa nouvelle union comme relâchant les liens de l'alliance, nous estimons qu'en présence de cette incertitude il faut s'attacher exclusivement au principe de la réciprocité, dans les termes mêmes où il a été posé par l'art. 207 [1].

2037. Encore convient-il de ne pas l'appliquer à contre-

[1] Demolombe, IV, n. 29 et 30; Demante, I, n. 289 et 289 *bis*, II; Delvincourt, I, p. 92, note 7; Coffinières, *loc. cit.*, n. 46. — *Contra :* Aubry et Rau, VI, § 553, p. 99, n. 6; Duranton, II, n. 420; Duvergier sur Toullier, II, n. 614 note *a*; Marcadé, I, art. 205-II, n. 711; Laurent, III, n. 76; Huc, II, n. 200; Planiol, I, n. 671; Beudant, I, n. 372; Fuzier-Herman, art. 207, n. 18. — Cpr. Surville, I, n. 254.

sens, comme le font, selon nous, les auteurs qui l'invoquent pour décider que la bru qui s'est remariée ne peut pas réclamer d'aliments aux père et mère de son premier mari. L'art. 207 n'autorise, en aucune façon, cette solution, pas plus qu'il ne permet, de l'aveu commun, d'attacher cette conséquence à la nouvelle union du gendre ou du beau-père. S'il crée un lien de corrélation entre l'obligation alimentaire dont certaines personnes sont tenues, dans une situation donnée, et le droit pour celles-ci de s'en prévaloir dans les mêmes conditions, il ne dit point que l'événement qui les fait cesser de part et d'autre, lorsqu'il se produit chez les unes, entraîne le même résultat lorsqu'il survient chez les autres, et, par exemple, que le convol de la belle-fille doive être assimilé, quant à ce, à celui de la belle-mère. Il importerait peu dès lors que cette assimilation fût imposée par des raisons d'analogie, ce qui serait d'ailleurs discutable, surtout si l'on considère, avec les partisans de cette opinion, l'extinction de l'obligation comme une sorte de pénalité, puisqu'on pourrait trouver, en faveur de la belle-fille, des motifs d'indulgence dont la belle-mère aurait moins de titres à bénéficier, à raison de son âge. Mais, quoi qu'il en soit de ces considérations, il n'en reste pas moins que leur appréciation dépendait exclusivement du législateur, et qu'il est impossible de faire cesser une créance pour une cause qu'il n'a, ni explicitement, ni implicitement, consacrée (1).

2038. 2° L'obligation alimentaire cesse, entre alliés, lorsque celui des époux qui produisait l'affinité est mort, et qu'il n'existe pas d'enfants issus de son union avec l'autre conjoint. C'est qu'alors le lien de l'alliance est, sinon brisé, comme on l'a dit parfois, du moins considérablement affaibli, et que la solidarité qui s'était établie, avec le mariage, entre l'époux survivant et la famille de l'autre, doit cesser d'être effective, en droit, à la suite du décès sans enfants de celui-ci, de même qu'elle perd, en fait, toute réalité. L'obligation alimentaire

(1) Demante, I, n. 289 *bis*, III; Laurent, III, n. 77; Planiol, I, n. 670 2°. — *Contra* : Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 100, n. 7; Demolombe, IV, n. 28; Duranton, II, n. 421; Delvincourt, *loc. cit.*; Marcadé, *loc. cit.*; Beudant, I, n. 372. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 207, n. 20.

doit s'éteindre conséquemment de part et d'autre, ainsi que le veut au surplus l'art. 207 (1).

2039. Mais ne suffirait-il pas, pour qu'elle persistât au profit d'une veuve, quelle fût déjà grosse lorsque son mari est décédé? L'affirmative ne nous paraît guère douteuse (2). Incontestablement elle pourrait réclamer des aliments, au nom de son enfant simplement conçu, puisque son intérêt doit le faire réputé déjà né, conformément à la vieille maxime. Or, si l'on doit supposer qu'il existe ainsi un fruit de l'union dissoute, lorsque la demande est formée, au nom de l'enfant, contre ses grand-père et grand'mère paternels, il ne se peut pas que cette supposition doive être écartée quand la demande est dirigée, personnellement, par la mère, qui se prétend enceinte, contre ses beaux-parents, d'autant que l'enfant à naître est au moins indirectement intéressé à ce que cette action réussisse. Mais il va de soi que, s'il ne naissait pas viable ou si la déclaration de la femme était reconnue fausse, celle-ci serait tenue de restituer tout ce qu'elle aurait indûment obtenu.

2040. C'est à la dissolution du mariage par la mort d'un des époux sans postérité que la loi attache l'extinction de l'obligation alimentaire entre alliés. Mais il y aura lieu de se demander si sa dissolution par le divorce n'entraîne pas le même résultat (3).

III. *De l'obligation alimentaire entre époux.*

2041. Si le droit aux aliments dérive de la solidarité familiale, assurément nul n'y a plus de titres que les époux, dans leurs rapports réciproques, puisque leur union est la source même de la famille et qu'elle crée entre eux les liens les plus intimes qui se puissent concevoir. Aussi le code civil le leur conférait-il déjà, pour toute la durée du mariage, dans l'art. 212, et, même après sa dissolution par le divorce, le leur

(1) Demolombe, IV, n. 26; Planiol, I, n. 670-1°. — Cpr. Montpellier, 30 mai 1866, S., 66. 2. 352, D., 80. 2. 142.

(2) Laurent, III, n. 78; Huc, II, n. 201; Fuzier-Herman, art. 207, n. 19. — Trib. Marseille, 12 déc. 1862, S., 63. 2. 140, D., 63. 5. 23.

(3) Cf. Baudry-Lacantinerie, Chauveau et Chéneaux, *Des pers.*, IV, 3e éd., 1907, n. 266.

accordait il encore dans certaines limites, en vertu de l'art. 301. Mais il ne faisait pas survivre cette obligation mutuelle de secours à la mort de l'un des conjoints, et c'est cette grave lacune qu'a dû combler la loi du 9 mars 1891, sous la forme d'une longue addition à l'art. 205. De la sorte cette obligation est organisée, suivant les conditions qui lui donnent naissance, dans trois dispositions distinctes, dont la disjonction ne laisse pas assez apercevoir l'unité du sujet. Ce défaut de méthode est si choquant que, quoique le plan de cet ouvrage soit conforme à celui du code, nous ne saurions traiter d'abord, avec l'art. 205, de l'obligation qui ne fait que survivre, après le décès d'un des époux, à celle à laquelle ils étaient de leur vivant tenus l'un envers l'autre, en vertu de l'art. 212. Mieux vaudra, pour éviter de sérieuses difficultés d'exposition, étudier, avec cette dernière disposition, cette obligation dans son ensemble, lorsque du moins ce n'est pas le divorce ou la séparation de corps qui ont mis fin à leurs rapports.

2042. Telles sont les personnes que la loi assujettit expressément, à notre Titre, à l'obligation alimentaire. Il faut y ajouter l'adoptant et l'adopté, dans leurs rapports réciproques (art. 349), et le donataire, qu'on considère comme en étant également tenu envers le donateur, mais sans réciprocité, en vertu de l'art. 955 [1]. Cette énumération, étant donné que la loi avait seule qualité pour déterminer jusqu'à quel point la solidarité familiale doit faire sanctionner le devoir d'assistance entre parents ou alliés, est nécessairement limitative, et aucune considération de morale ne serait assez puissante pour en faire étendre les termes [2].

IV. *Des différents caractères de l'obligation alimentaire.*

2043. Les personnes qui sont tenues de cette obligation le sont-elles concurremment, de telle sorte que le créancier ait le droit de s'en prendre à celles qu'il entend choisir, ou n'en sont-elles tenues que successivement, les unes à défaut

[1] Planiol, I, n. 660 et 663; Surville, I, n. 253-4° et 5°.

[2] Aubry et Rau, VI, § 553, p. 100, n. 8 et 9; Demolombe, IV, n. 39; Demante, I, n. 290; Surville, I, n. 253. — Bordeaux, 22 mars 1893, D., 93. 2. 342. — *Contra* : Lassaulx, I, n. 391.

des autres, de façon qu'il doive suivre un ordre déterminé lorsqu'il forme sa demande? Y a-t-il, en d'autres termes, des débiteurs dont la dette prime celle des autres?

Cette grave question ne présente évidemment d'intérêt que s'il en est plusieurs qui soient en état de s'acquitter de l'obligation alimentaire et qui y soient soumis à des titres différents, les uns, par exemple, comme parents, les autres comme alliés, un autre enfin comme conjoint, les deux premières catégories pouvant, d'ailleurs, avoir des représentants tant dans la ligne ascendante que dans la ligne descendante, et qui s'y trouvent à des degrés plus ou moins éloignés. Les obligés qui ne sont pas, à raison de l'exiguïté de leurs propres ressources, en mesure de venir au secours d'autrui, doivent être, en effet, totalement négligés, en une matière où il s'agit, non pas de déterminer seulement des responsabilités, mais d'assurer une assistance effective à celui qui la réclame. Y eût-il donc un ordre successif à observer entre eux, qu'il faudrait en faire abstraction, si la dette ne pouvait être acquittée que par l'un des débiteurs qui se trouvent au dernier degré de l'échelle (1).

D'autre part, il faut observer qu'on ne se demande pas encore ici, ce qui est une tout autre difficulté, si l'exécution intégrale de cette dette peut être exigée d'un seul des obligés, c'est-à-dire si elle est solidaire, *in solidum*, ou indivisible.

2044. Quoique la doctrine s'accorde presque unanimement à décider que les débiteurs doivent être placés à des rangs différents, suivant le titre auquel ils sont soumis à leur obligation, nous nous joignons aux très rares auteurs qui croient devoir les laisser tous, comme la loi elle-même du reste, sur la même ligne (2). Pour distinguer entre eux, en suppléant

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 102, n. 14; Planiol, I, n. 672.

(2) Demante, I, n. 290 et 290 *bis;* Laurent, III, n. 64 et 65; Huc, II, n. 198 et 199, n. 224 et 225. — Cpr. Planiol, I, n. 672 et 673. — *Contra :* Aubry et Rau, VI, § 553, p. 101 et 102, n. 11; Demolombe, IV, n. 32; Toullier, II, n. 613; Duranton, II, n. 389 et 393 s.; Delvincourt, I, p. 91, note 9, et p. 92, notes 2 et 6; Marcadé, I, art. 205-III, n. 713; Surville, I, n. 256; Beudant, I, n. 373. — Req. rej., 7 juill. 1868, S., 68. 1. 437, D., 69. 1. 243. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 205, n. 82 s. — Req. rej., 17 mars 1856, S., 56. 1. 487, D., 56. 1. 251. — Caen, 31 déc. 1877, S., 78. 2. 259, D., 78. 5. 31. — Bruxelles, 2 fév. 1900, S., 1901, 4. 16. — Trib. Albi, 15 déc. 1905, D., 1906. 5. 9.

ainsi au silence absolu des textes, il faudrait, d'une part, qu'il y eût des motifs péremptoires de le faire, et, d'autre part, qu'en ne le faisant pas on aboutît à des résultats que la raison ne pourrait pas accepter. Or il est loin d'être démontré que, sous ce double rapport, il en soit réellement ainsi.

Il est vrai que notre ancien droit ne considérait pas les divers obligés comme tenus concurremment de la dette alimentaire. Pothier (1), notamment, déclare que l'obligation des descendants envers leurs aïeuls et bisaïeuls est subsidiaire, au même titre que celle des père et mère envers leurs petits-enfants, c'est-à-dire qu'elle ne prend naissance que tout autant que le descendant ou l'ascendant intermédiaire n'est pas en état d'y subvenir. Mais les rédacteurs du code civil n'ont-ils donc pu répudier ces errements, et cette intention n'est-elle pas susceptible de s'induire de l'absence même de toute disposition qui les rappelle? Au surplus, l'autorité de la tradition est ici d'autant plus discutable que, par une piquante contradiction, elle est récusée sur plusieurs points par quelques-uns des auteurs qui, en principe, s'en réclament le plus.

C'est l'équité même, prétend-on ensuite, qui veut qu'il y ait un ordre successif entre les différents débiteurs. Encore convient-il de préciser, ce qu'on ne fait pas toujours, d'où lui vient cette exigence. Or M. Demolombe, qui lui du moins s'y essaie, fait valoir que leur dette est fondée « avant tout sur des devoirs d'affection et d'assistance », plus ou moins impérieux suivant la qualité des personnes auxquelles ils incombent. — Qu'elle le soit sur le « devoir d'assistance », c'est ce qu'on ne saurait dire avec exactitude, puisqu'elle n'est autre que ce devoir juridiquement sanctionné, et que cette proposition revient dès lors à l'expliquer par elle-même. Mais a-t-elle du moins pour origine un devoir d'affection? Nous ne le pensons pas davantage : ce dernier n'est pas, à proprement parler, ce qui engendre l'obligation d'assistance, quoiqu'il doive le plus souvent coïncider avec elle. Rien n'est plus aisé à prouver. En effet, en droit français, la dévolution de

(1) *Op. cit.*, n. 387 et 393. — Cf. *Nouveau Denizart*, I, v° *Aliments*, § 4, n. 2.

l'hérédité suit l'ordre présumé des affections du défunt. Or les frères et sœurs et descendants d'eux précèdent légalement dans cet ordre, comme ils les précèdent généralement en fait, les ascendants qui ne sont pas au premier degré, et, quant aux alliés, ils n'y figurent même pas. C'est donc que l'obligation alimentaire n'a pas ses racines dans les affections naturelles de celui qui en est tenu. Mais, d'autre part, et inversement, elle n'en subsiste pas moins à sa charge, quelques légitimes griefs qu'il puisse avoir contre ceux qui sont appelés à en profiter, par exemple contre des beaux-parents qui, après avoir détruit la paix du ménage, ont suscité la séparation des époux.

Lorsqu'on ajoute, comme on le fait à l'envi, qu'il est de la plus élémentaire justice que ceux qui ont les bénéfices de la parenté en aient aussi les charges, et que l'obligation alimentaire est « une sorte de compensation » de la vocation héréditaire reconnue à ceux qui y sont soumis, on oublie manifestement qu'elle est imposée à des personnes auxquelles cette vocation n'appartient pas, tandis que d'autres, qui l'ont, y échappent. Comment donc, sous le prétexte d'une analogie que la loi a nettement repoussée, s'inspirer des dispositions sur la délation et le partage des successions, pour classer les différents débiteurs dans un ordre déterminé? Par là on met sans doute des bornes à l'arbitraire, et on lui donne une apparence de légalité : il n'en reste pas moins seul, au fond de toutes les solutions qui se réclament d'une idée qui n'a pas été celle des rédacteurs du Code civil, ainsi qu'en fait foi le simple rapprochement des art. 205 et 206 avec les art. 731 s.

Est-il enfin si difficile de découvrir les motifs qui ont pu empêcher d'établir un ordre invariable entre les divers obligés? Nullement. Tout au contraire il semble qu'il était bien préférable, après avoir précisé les responsabilités engagées, de ne pas fixer à l'avance, et par conséquent à l'aveugle, la mesure exacte dans laquelle chacune devait l'être nécessairement. S'il est un règlement dans lequel les circonstances du fait doivent rester prédominantes, c'est assurément celui-là. Pourquoi obliger, par exemple, un père à réclamer l'assistance d'un fils qui, s'il peut à la rigueur lui fournir une maigre

pension, a cependant lui-même de lourdes charges de famille, au lieu de lui permettre de s'adresser à ses parents, dont la fortune est considérable? Pourquoi deux enfants devraient-ils nécessairement contribuer ensemble au soutien de l'existence de leur ascendant, si l'un n'a que de faibles ressources, tandis que l'autre vit dans l'opulence? Sans doute, on répondra qu'en définitive le juge, en pareil cas, ne ferait participer le premier au paiement de la pension que dans la mesure de ses facultés, et partant dans une proportion qui pourrait être insignifiante. Mais, vraiment, à quoi bon cette condamnation en quelque sorte de principe, et ne serait-il pas plus franc de déclarer que l'énorme supériorité des moyens de l'un dégage la responsabilité de l'autre? Rien n'empêcherait d'ailleurs le juge, nous l'entendons bien, de déclarer, en fait, que les facultés d'un des débiteurs sont réellement par trop insuffisantes pour subir le moindre prélèvement, et par là de soustraire à l'obligation celui qui en était tenu en première ligne, pour en reporter le poids sur un obligé d'un rang plus éloigné. Mais à quoi sert alors cette classification des débiteurs, sinon à priver le juge d'une liberté d'appréciation qui lui est si indispensable, et, par suite, à l'induire à la tentation de reconquérir cette liberté en échappant, par des constatations de fait plus ou moins conformes à la stricte vérité, aux règles inflexibles qu'elle lui impose?

2045. Il est un point, toutefois, sur lequel cette classification nous paraît incontestable : le conjoint doit être tenu d'assister son époux par préférence à toutes autres personnes (1). C'est que son obligation n'est pas seulement légale, comme la véritable obligation alimentaire, et ne dérive pas, comme elle, simplement de la solidarité familiale : elle est contractuelle, et résulte de la communauté d'existence très étroite que crée le mariage lui-même. Or la loi doit seulement venir au secours des personnes qui, étant dans le besoin, n'ont pas d'autre titre qui leur permette d'en obliger d'autres à pourvoir à leur subsistance. Dans la mesure où le mariage sert efficacement de titre semblable, l'obligation alimentaire à laquelle

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 102, n. 12.

les parents ou alliés sont soumis, envers une personne actuellement mariée, n'existe donc réellement pas.

2046. Mais, en dehors de ce cas, l'ordre successif qu'on prétend établi entre les divers débiteurs ne nous paraît pouvoir être recommandé tout au plus qu'à titre d'indication rationnelle. C'est pour ce dernier motif, et aussi parce que notre opinion est contraire à la doctrine générale ainsi qu'à la jurisprudence, que nous croyons devoir marquer cet ordre. On verra, du reste, qu'il est d'autant plus facile de s'en écarter qu'il est, entre les auteurs, l'objet d'assez nombreuses contestations.

1° On décide en premier lieu, pour les raisons qui viennent d'être indiquées, et conformément à l'ancien droit (1), que l'obligation alimentaire dont les époux sont tenus l'un envers l'autre, prime celle de toutes les autres personnes (2).

2047. 2° On décide ensuite que cette obligation pèse sur les parents, avant d'incomber aux alliés (3), parce que le devoir d'affection ou plutôt, devrait-on dire, de solidarité, est plus impérieux entre les premiers qu'entre les seconds, et aussi parce qu'il n'y a aucun droit de succession entre alliés : or « *Ubi est successionis emolumentum, ibi et onus alimentorum* » *esse debet* »; « *quem sequuntur commoda, eumdem sequi* » *debent incommoda* ». Toutefois la jurisprudence a maintes fois décidé qu'il n'y a pas de distinction à faire entre parents et alliés, et que, partant, un gendre peut être condamné, conjointement avec un descendant, à servir une pension alimentaire à son beau-père.

(1) *Nouv. Denizart*, I, v° *Aliments*, § 5, n. 5.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 102, n. 12, et V, § 473, p. 134, n. 13; Demolombe, IV, n. 34; Surville, I, n. 256; Beudant, I, n. 373. — Rouen, 2 mai 1857, S., 58. 2. 377. — Trib. Albi, 15 déc. 1905, D., 1906. 5. 9. — Cpr. Planiol, I, n. 672-1°.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 103, n. 15; Demolombe, IV, n. 35; Delvincourt, I, p 92, note 6; Duranton, II, n. 422; Marcadé, *loc. cit.*; Surville, *loc. cit.*; Beudant, *loc. cit.*; Jeny, *L'oblig. alim.* (Thèse, Nancy), 1876, n. 471. — Req. rej., 7 juil. 1868, S., 68. 1. 437, D., 69. 1. 243. — Paris, 18 déc. 1897, D., 98. 2. 197. — *Contra* : Huc, II, n. 199; Chardon, *Puiss. pal.*, n. 282. — Req. rej., 17 mars 1856, S., 56. 1. 487, D., 56. 1. 251. — Caen, 17 nov. et 31 déc. 1877, S., 78. 2. 259, D., 79. 5. 31. — Paris, 10 août 1894, S., 96. 2. 108, D., 95. 2. 517. — Bruxelles, 6 juil. 1897, D., 98. 2. 421. — Bruxelles, 2 fév. 1900, S., 1901. 4. 16. — Trib. Albi, 15 déc. 1905, précité. — Cpr. Demante, I, n. 290 *bis*; Planiol, I, n. 672-2° et 3°; Fuzier-Herman, art. 206, n. 2 s., et art. 207, n. 17.

2048. 3° On déclare, par application de ces mêmes maximes, que les descendants doivent être recherchés avant les ascendants, qui ne sont appelés, en effet, à succéder qu'à leur défaut (1). Et toutefois il est des auteurs (2) qui estiment qu'ascendants et descendants sont tenus concurremment, par ce motif que, « sans faire de classement, mais suivant, dans son expression, l'ordre de la nature, la loi établit, au même degré et avec la même force, l'obligation réciproque des aliments entre le père et l'enfant ». C'est à eux d'accorder ce motif, qui semble emprunté à notre thèse, avec le principe général auquel on a pu leur reprocher d'être infidèles.

2049. 4° On déduit encore de ce principe que, de plusieurs descendants à des degrés différents, l'obligation incombe, non pas exclusivement aux plus proches, mais à tous ceux qui sont héritiers présomptifs, de leur chef ou par représentation, de la personne à qui les aliments sont dus (3), sans distinction entre les enfants légitimes et les enfants naturels (4). Et néanmoins certains interprètes (5), faisant prévaloir sur cette conséquence de la règle *Ubi emolumentum* la solution de l'ancien droit (6), qui n'admettait pas la représentation à cet égard, estiment que les enfants du second degré ne sont tenus qu'à défaut de ceux du premier. Dans l'ancien droit (7), d'autre part, les enfants naturels n'étaient tenus qu'à défaut de descendants légitimes.

2050. 5° On déduit pareillement de la même règle que, de

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 102, n. 13; Demolombe, IV, n. 35; Proudhon, I, p. 448; Duranton, II, n. 395; Marcadé, I, art. 205-III, n. 714; Surville, *loc. cit.*; Beudant, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 207, n. 15. — Trib. Albi, 15 déc. 1905, précité. — Cpr. Aubry et Rau, VI, § 571, p. 215, n. 20; Demante, I, n. 290 *bis*; Planiol, I, n. 672-2°.

(2) Vazeille, II, n. 492.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 103, n. 16; Demolombe, IV, n. 35 et 36; Duranton, II, n. 393 et 394; Delvincourt, I, p. 92, note 2; Vazeille, II, n. 491. — Amiens, 11 déc. 1821, S., 22. 2. 303, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 644. — Caen, 17 août 1880, *Rev. Caen*, 1881, p. 1. — Lyon, 12 août 1884, *Mon. jud. Lyon*, 11 déc. — Cpr. Demante, I, n. 290 *bis*; Planiol, I, n. 672-2°.

(4) Demolombe, IV, n. 18.

(5) Toullier, II, n. 613; Taulier, I, p. 329; Beudant, *loc. cit.*

(6) Pothier, *op. cit.*, n. 393. — *Nouv. Denisart*, I, v° *Aliments*, § 4, n. 2.

(7) Pothier, *op. cit.*, n. 395.

plusieurs ascendants qui se trouvent à des degrés différents, l'obligation pèse, non pas seulement sur les plus proches, mais, dans chaque ligne, sur ceux qui ont vocation à la succession de la personne qui a droit aux aliments. Il suit de là que les aïeuls paternels ne sont tenus de les fournir à leur descendant qu'à défaut de son père, mais que, dans cette circonstance, ils en sont tenus en concurrence avec sa mère [1]. Plusieurs auteurs [2], cependant, s'attachent uniquement ici à la proximité du degré. Mais on leur a reproché, non sans raison, d'avoir confondu avec le devoir d'éducation, qui effectivement s'impose aux père et mère à l'exclusion de toutes autres personnes, l'obligation alimentaire, à laquelle sont indistinctement soumis tous les ascendants, après que ce premier devoir a cessé.

2051. 6° On décide encore, par analogie, qu'à défaut de parents les alliés de la ligne ascendante ne sont soumis à cette obligation qu'après ceux de la ligne descendante, et qu'ils le sont, dans leurs rapports respectifs, de la même façon que les parents [3].

2052. 7° Enfin, par une dernière conséquence des principes posés, on détermine la quote-part pour laquelle chaque obligé est tenu de la dette alimentaire, « d'après l'analogie des règles sur le partage des successions », c'est-à-dire en proportion de la part pour laquelle chacun est héritier présomptif du créancier, sauf à avoir égard, dans l'évaluation de la somme qu'il devra payer, à ses facultés, ainsi, bien entendu, qu'aux besoins de celui qui la recevra [4].

2053. Mais, au surplus, l'application de toutes ces règles est subordonnée habituellement à deux conditions :

1° Les obligés doivent être en état d'acquitter leur obliga-

[1] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 103, et p. 104, n. 17; Demolombe, IV, n. 35 et 37; Marcadé, *loc. cit.*, n. 714 et 715; Fuzier-Herman, art. 207, n. 14. — Cpr. Demante, *loc. cit.*; Planiol, *loc. cit.*

[2] Toullier, II, n. 613; Duranton, II, n. 389; Beudant, *loc. cit.*; Vazeille, II, n. 490.

[3] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 103, n. 15, et p. 104; Demolombe, IV, n. 35; Marcadé, *loc. cit.*; Beudant, *loc. cit.* — Cpr. Demante, *loc. cit.*; Planiol, I, n. 672-3°.

[4] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 105 et 106, n. 19, et p. 110; Demolombe, IV, n. 38.

tion. Ils sont, en effet, à considérer comme n'existant pas, s'ils ne sont pas en mesure de la remplir (1).

2° De plus la discussion de leurs biens ne doit pas présenter trop de difficultés, « la dette alimentaire étant de sa nature une dette dont l'acquittement ne doit souffrir aucun retard » (2), sauf à ceux qui l'auront exécutée à leur place à exercer un recours contre les débiteurs que l'embarras de leurs affaires aura empêché de rechercher. Si l'opportunité de cette restriction n'est pas douteuse, elle ne montre que mieux les inconvénients qu'il peut y avoir à déterminer un ordre invariable dans lequel les divers débiteurs soient appelés à remplir le devoir d'assistance qui leur incombe. Les auteurs ne s'expliquent pas, du reste, sur les effets de cette substitution nécessaire : ils ne précisent pas si l'obligé poursuivi, à défaut d'un autre dont la discussion serait trop longue, doit être condamné en raison de ses facultés personnelles, ou en proportion seulement des facultés de ce dernier. Mais comment pourrait-on connaître exactement celles-ci, étant donné justement la situation embarrassée du débiteur? Et, d'autre part, si l'on s'attache aux ressources de l'autre, quelle sera la mesure dans laquelle il exercera son recours? S'il lui est permis de l'exercer pour le tout, il se peut que le véritable obligé ait ainsi à répondre d'une dette supérieure à celle dont il était réellement tenu. Mais, si ce recours doit être ramené à la proportion de ses facultés effectives, cette dette reste alors partiellement à la charge définitive d'une personne qui ne devait pas la supporter! Ces résultats et ces complications ne paraissent guère de nature à recommander la doctrine qui y aboutit.

2054. De ce que les obligés soient, dans notre opinion, tenus concurremment de la dette alimentaire, suit-il que la personne qui se trouve dans le besoin ait la faculté de choisir celui auquel elle veut faire supporter cette charge? Nullement; et, avec la question de savoir s'il y a un ordre successif entre les débiteurs, il faut se garder de confondre la

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 102, n. 14, et p. 106, n. 20 ; Demolombe, IV, n. 33 ; Planiol, I, n. 672 ; Beudant, I, n. 373. — Req. rej., 7 juill. 1868, précité.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Demolombe, IV, n. 33 ; Vazeille, II, n. 494.

difficulté relative à la nature juridique de cette obligation, qu'on pose généralement en ces termes : cette obligation est-elle solidaire, ou indivisible, ou même cumule t-elle ces deux caractères?

Après de longues hésitations, la doctrine et la jurisprudence semblent s'accorder à décider qu'elle n'est ni indivisible, ni solidaire.

Solidaire, comment le serait-elle, alors que ce caractère ne peut pas dériver ici de la volonté des parties, puisque cette obligation n'est pas conventionnelle, et que la loi d'autre part ne le lui donne pas? Or où donc le prendrait-elle, en présence de la disposition formelle de l'art. 1202? Il est vrai qu'on le lui reconnaissait dans notre ancienne jurisprudence, tout au moins lorsqu'elle grevait les enfants ou les père et mère (1). Mais, outre qu'aucun texte ne s'opposait alors à ce qu'elle l'eût, il est remarquable que Pothier l'expliquait par le devoir pour « chaque enfant, considéré seul, lorsqu'il en a le moyen..., de fournir à son père tout ce qui lui est nécessaire pour vivre, et non pas seulement une partie de ce qui lui est nécessaire », de telle sorte qu'il était « débiteur du total ». Or cette explication était, même alors, manifestement défectueuse : car, de ce qu'une dette dont plusieurs sont tenus retombe à la charge exclusive d'un seul, lorsqu'il est impossible aux autres d'acquitter leur part contributoire, il ne résulte nullement qu'on puisse lui en réclamer le paiement intégral, quand les autres sont, comme lui, en mesure d'y faire face. La preuve que la dette n'était, même pas à cette époque, réellement solidaire, c'est qu'on ne l'envisageait comme telle que « lorsque chacun des enfants avait le moyen de payer toute la pension », tandis que, lorsqu'il s'en trouvait parmi eux qui ne le pouvaient pas, ils ne devaient être « condamnés à contribuer à la pension que pour la somme à laquelle se bornent leurs moyens ». Et qu'est-ce donc que cette solidarité, qui existe ou n'existe pas, suivant que les débiteurs sont ou non en état de la supporter (2) ?

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 391; *Nouv. Denizart*, I, v° *Aliments*, § 4, n. 3.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 104, n. 18; Demolombe, IV, n. 62; Duranton, II,

2055. Mais, si ce caractère n'appartient pas à la dette, nous ne voyons pas comment de graves auteurs (1), après le lui avoir dénié, se croient autorisés à admettre que, « si des circonstances impérieuses l'exigeaient, les tribunaux pourraient condamner l'un des obligés, assigné seul, au paiement intégral de la pension alimentaire sauf son recours contre les autres, pourvu que cette pension n'excédât pas la mesure de ses facultés personnelles ». Il importe peu que les plus prudents ajoutent que « c'est là une exception qu'il faut bien se garder de convertir en règle », car cette exception, même unique, consomme le sacrifice du principe.

Or, sur quoi repose-t-elle? Dira-t-on, avec M. Demolombe, qu' « il n'y a point de texte, point de règle législative », et que dès lors le règlement à faire entre les débiteurs ne dépend plus que de l'arbitrage du juge? Mais les principes généraux suffisent évidemment, en l'absence de toute disposition expresse, à déterminer la nature de l'obligation. Elle doit être nécessairement conjointe, si elle n'est ni solidaire ou *in solidum,* ni indivisible : chacun ne peut être condamné dès lors que pour sa part, car il ne pourrait l'être au delà qu'en vertu d'une permission formelle qui n'a été accordée nulle part au juge. Vainement se prévaudrait-on de l'autorité

n. 424; Valette sur Proudhon, I, p. 448, note *a*, Duvergier sur Toullier, II, n. 613, p. 5, note *a;* Marcadé, I, art. 205-IV, n. 716; Demante, I, n. 292 *bis*, II; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 359; Laurent, III, n. 67; Huc, II, n. 226; Planiol, I, n. 685; Surville, I, n. 256; Beudant, I, n. 373; Vazeille, II, n. 493; Larombière, *Des oblig.*, II, art. 1221, n. 36; Fuzier-Herman, art. 205, n. 42 s.; Rodière, *De la solid. et de l'indivis.*, n. 178 et 179; Bourcart, *Note*, S., 91. 1. 81. — Lyon, 3 janv. 1832, S., 32. 2. 549, D., 33. 2. 123. — Limoges, 19 févr. 1846, S., 47. 2. 92; D., 46. 4. 15. — Req. rej., 15 juill. 1861, S., 62 1. 172, D., 61. 1. 469. — Caen, 1er mai 1862, S., 62. 2. 514. — Bordeaux, 12 avril 1867, S., 68. 2. 15. — Grenoble, 8 avril 1870, S., 71. 2. 36, D., 70. 2. 226. — Orléans, 24 mars 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 1. 863. — Req. rej., 6 mars 1895, S., 96. 1. 232, D., 95. 1. 237. — Paris, 18 déc. 1897, D., 98. 2. 197. — Cpr. Caen, 22 déc. 1904, S., 1905. 2. 265, et la note. — *Contra :* Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 2, n. 2; Delvincourt, I, p. 92, note 2; Toullier, II, n. 613; Proudhon, I, p. 448. — Paris, 30 fruct. an XI, S., 7. 2. 779. — Riom, 15 mars 1830, S., 33. 2. 574, D., 33. 2. 125. — Bordeaux, 24 juin 1846, S., 46. 2. 655, D., 49. 2. 80. — Cpr. Pau, 23 déc. 1856 et 24 nov. 1863, S., 65. 2. 104.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, *loc. cit.;* Demante, *loc. cit.;* Taulier, I, p. 335; Beudant, *loc. cit.;* Rodière, *loc. cit.* — Req. rej., 3 août 1837, S., 38. 1. 412, D., 38. 1. 231. — Pau, 24 nov. 1863, précité. — Pau, 26 déc. 1866, D., 67. 2. 197. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 205, n. 53 s.

de notre ancien droit (1) : les jurisconsultes jouissaient alors d'une indépendance et d'une liberté de décision qui ne sauraient leur être reconnues sous l'empire d'une législation codifiée, où chaque matière est régie par des principes précis. Dans une législation comme celle-ci, il est inadmissible qu'une obligation, conjointe en règle, puisse, à la volonté du juge, perdre ce caractère, pour prendre celui qui lui plaît.

Mais, objecte-t-on, quelle loi violerait-il, s'il ne condamnait pas le débiteur, auquel il réserve un recours contre ses coobligés, au delà de ses moyens personnels, et comment lui serait-il interdit de l'astreindre à faire une simple avance, alors qu'il aurait pu laisser définitivement à sa charge tout le poids de la dette ? Cette objection ne nous paraît que spécieuse. D'une part, la loi violée serait manifestement celle qui veut que le paiement d'une dette conjointe ne puisse, même temporairement, être imposé à l'un seul des obligés. Et ce serait reconnaître qu'elle est conjointe, que réserver un recours, sans oser la déclarer solidaire, à celui qui devrait intégralement l'acquitter, de telle sorte que la décision du juge se contredirait elle-même. D'autre part, il est faux de dire qu'il dépendrait du juge, sans un véritable abus de pouvoir, de faire peser uniquement sur le débiteur tout le poids de l'obligation, alors que, par hypothèse, il existe des codébiteurs en situation de le supporter avec lui, puisqu'on les place immédiatement sous le coup d'une action récursoire. Sans doute, le débiteur choisi pourrait être contraint de servir la pension en totalité, si elle n'était pas disproportionnée avec ses facultés ; mais quand ? Uniquement au cas où l'obligation alimentaire n'incomberait qu'à lui seul, ou ne pourrait être, en fait, acquittée que par lui. La vérité nous paraît être qu'après avoir dépouillé cette obligation du caractère de solidarité qu'on lui avait si souvent donné à tort, on a cherché, par de pures considérations de fait, à le lui restituer pour les cas où il serait opportun qu'il lui appartînt. Mais, si puissantes que

(1) *Nouveau Denizart*, I, v° *Aliments*, § 4, n. 4. — Cf. L. 5. 2. D., *De agnosc. et al. lib.*, XXV, 3.

paraissent ces considérations, le législateur seul avait qualité pour leur donner satisfaction, et, quelques regrets qu'on en éprouve, il est certain qu'il ne l'a pas fait.

2056. On a pourtant proposé un autre fondement au pouvoir d'appréciation du juge. Sans doute, a-t-on dit, il ne doit pas dépendre de lui, quoique l'acquittement de la dette alimentaire ne souffre pas de retardement, d'en charger arbitrairement l'un des obligés, par cela seul que les actions du créancier contre les autres rencontreraient trop d'obstacles et qu'il n'aurait pas le temps d'en attendre le succès. Mais c'est sans arbitraire, et par une voie très juridique, qu'il est permis d'arriver au même résultat. En réalité, il n'y a pas une seule obligation, comme on le suppose à tort dans l'opinion précédente : il y a autant d'obligations que d'obligés, et chacune d'elles est, « en théorie du moins, intégrale ». « Il s'ensuit que, virtuellement du moins, chaque parent est tenu d'une obligation au tout », de quelque nom qu'on l'appelle. C'est pourquoi le créancier doit avoir la faculté d'exercer son action contre chacun des obligés, abstraction faite des autres, sauf à ne le poursuivre que dans la mesure de ses moyens, de sorte que l'obligation, « entière virtuellement », puisse n'être que « partielle ». Mais, lorsque les circonstances paraissent exiger que la condamnation ne soit pas divisée, le juge peut la prononcer intégrale contre le débiteur poursuivi, en estimant le besoin du demandeur, sur lequel elle doit se mesurer, « d'après les éléments qui lui paraissent déterminants » (1).

Cette solution est, certes, très élégante. Et elle repose même sur une idée, la pluralité des obligations, qui nous paraît fondée (2). Mais elle en tire, à notre sens, des conséquences exagérées. Que l'obligation puisse être intégrale en la personne d'un seul débiteur, sans doute. Ce n'est pas, comme on le dit, que la dette alimentaire ne puisse « théoriquement pas plus se morceler que la qualité elle-même dont elle dérive », car on comprendrait très bien, au contraire, qu'elle pût se

(1) Bourcart, *loc. cit.*; Rodière, *op. cit.*, n. 178.
(2) Cf. *infra*, n. 2059.

diviser entre tous ceux qu'elle grève. Mais son objet, qui est de faire vivre le créancier, exige qu'elle prenne toute cette étendue, lorsqu'il n'y en a qu'un qui puisse l'exécuter. Encore faut-il, pour qu'elle l'acquière, qu'elle ne soit pas limitée par les obligations toutes pareilles dont sont tenus les autres. Si ces derniers sont réellement en état de les remplir, chacun n'est tenu que partiellement, par application, pourrait-on dire, du principe *concursu partes fiunt*. L'obligation de chacun, qui éventuellement pouvait être totale, est ramenée, de fait, à une part proportionnelle à ses facultés, et à cette part seulement. Et le besoin du créancier est réduit de son côté, vis-à-vis de chacun des obligés, à ce qu'il ne peut pas obtenir des autres : il est plus riche ou moins pauvre de tout ce qu'il peut en attendre, Si donc la dette n'est ni solidaire, ni indivisible, et que tous aient la faculté de l'acquitter pour leur part, rien ne permet, en droit, de ne pas en opérer la division, si désirable qu'elle soit en fait.

2057. Indivisible, l'obligation alimentaire ne l'est pas davantage (1). Elle ne saurait l'être en effet, ni par son objet, puisque rien n'est plus divisible qu'une pension en argent, ni à raison de la volonté des parties, puisque l'obligation n'est pas contractuelle, ni même à raison de la fin qu'elle se propose et de l'intention du législateur, qui aurait pu être qu'elle ne fût pas susceptible d'exécution partielle (arg. art. 1221-5°), puisqu'il ressort de l'art. 208 que la contribution de chacun des débiteurs doit être proportionnée à ses facultés : comment donc la condamnation pourrait-elle dépasser cette proportion ? Serait-ce parce que l'objet de cette obligation est le soutien de l'existence d'une personne, et qu'il est impossible de la faire vivre pour partie? Dumoulin avait déjà réfuté cette objection, il y a plusieurs siècles, dans le célèbre traité qui fait autorité sur la matière de l'indivisibi-

(1) Aubry et Rau, VI, § 553 p. 104, n. 18; Demolombe, *loc. cit.;* Demante,I, n. 292 *bis*, II; Laurent, III, n. 68; Huc, II, n. 226; Planiol, I, n. 685; Surville, I, n. 256; Beudant, I, n. 373; Fuzier-Herman, art. 205, n. 45 s. — Req. rej., 15 juill. 1861, précité. — *Contra :* Proudhon, I, p. 447; Duranton, II, n. 424 et 425; Toullier, VI, n. 779; Vazeille, II, n. 493. — Rennes, 30 mars 1833, S., 34. 2. 112, D., 34. 2. 100. — Paris, 16 janv. 1895, D., 95. 2. 518 — Cpr. Caen, 22 déc. 1904, S., 1905, 2. 265, et la note.

lité (1) : « Quamvis enim quis pro parte vivere non possit, écri-» vait-il, tamen alimenta dividua sunt : id est res quibus alimur, » et pro parte sive ab uno, sive a pluribus præstari possunt, » ut natura et experientia docent. » Et, s'il autorisait le juge à charger un seul des héritiers de l'acquittement d'une pension alimentaire léguée par testament, il rendait, même alors, hommage aux principes, en disant : « Hoc autem fit officio » judicis, quia vi ipsa nemo plurium debet in solidum. »

2058. *A fortiori*, cette obligation ne saurait être à la fois solidaire et indivisible, comme on l'a souvent déclaré, quoique les effets de l'un de ces caractères fussent incompatibles avec ceux de l'autre (2). Car l'indivisibilité donnerait au débiteur poursuivi la faculté d'appeler en cause ses coobligés, pour faire diviser la condamnation, tandis que la solidarité devrait la lui faire refuser.

2059. Au surplus toutes ces controverses ne seraient pas nées si on avait bien observé la nature de cette obligation. Il se peut sans doute qu'elle grève en même temps plusieurs personnes. Mais, pour qu'on pût se demander s'il y a alors solidarité ou indivisibilité, il faudrait qu'elles fussent tenues, non seulement à la fois, mais encore exactement de la même dette. Or cette identité d'obligation n'existe précisément pas, ainsi que le prouve l'art. 208. Chacune, au contraire, est chargée d'une dette différente par son contenu, par son étendue, sinon par sa destination, puisqu'elle a pour mesure, avec les besoins du créancier, les facultés personnelles du débiteur. Elle est donc aussi distincte que les moyens mêmes auxquels elle se proportionne. Ce qui facilite l'illusion, c'est qu'à défaut de ses coobligés, chacun peut être tenu de suffire seul aux besoins du créancier, et que leur concours, au contraire, le décharge plus ou moins. Mais ce qui la dissipe aussi, c'est que, lorsqu'il est seul en fait à supporter le poids de la dette, son montant ne se détermine qu'en considération de sa per-

(1) *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, pars II, n. 238.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 104, n. 18; Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, III, n. 66, et les autorités citées, *supra*, p. 622 s. — *Contrà :* Proudhon, I, p. 447. — Req. rej., 3 août 1837, S., 38. 1. 412, D., 38. 1. 231. — Douai, 9 mai 1853, S., 54. 2. 161 et note, D., 56. 2. 54.

sonne, comme si ses codébiteurs n'avaient jamais existé, ce qui démontre à quel point elle lui est propre. Il ne peut donc pas être question de savoir dans quelle mesure chacun peut être tenu d'exécuter une même obligation, mais seulement quelle est l'étendue de celle qui lui est personnelle.

2060. Cette étendue se déterminera par la comparaison des facultés respectives des divers obligés, lorsqu'ils auront été tous mis en cause par le demandeur. Mais comment doit-elle être évaluée, s'il ne s'est adressé qu'à certains d'entre eux ?

On pourrait être tenté de décider, comme on l'a fait en pratique (1), qu'il leur appartient d'appeler les autres au procès, pour que cette comparaison puisse être faite contradictoirement par le juge, en présence de tous les intéressés. Cette solution aurait l'avantage de soumettre les dires de chacun d'eux au contrôle de tous les autres, de permettre de faire un règlement définitif et unique, et de supprimer ainsi l'éventualité de jugements successifs dans lesquels les ressources respectives des débiteurs seraient appréciées différemment. Mais il semble que cet appel en cause ne soit pas légal (2). Si chacun d'eux n'est tenu que pour sa quote-part, qu'est-ce qui pourrait l'autoriser à faire venir dans l'instance des obligés contre lesquels il n'a jamais de recours à exercer? Il ne peut qu'inviter le juge, dans l'évaluation de cette quote-part, à tenir compte des facultés des autres personnes à qui incombe l'obligation alimentaire, tout comme le juge y serait obligé si la demande avait été dirigée contre eux tous. La valeur effective des actions qui restent au créancier diminue d'autant, à vrai dire, le besoin dans lequel il se trouve, par rapport à ceux auxquels il réclame une pension.

2061. C'est une autre grave question que celle de savoir si l'obligation alimentaire n'incombe qu'aux personnes qui en sont tenues en leur propre nom, ou si elles ne la transmettent pas, au contraire, à leurs héritiers ou successeurs universels.

Le code civil avait lui-même reconnu aux enfants adultérins

(1) Just. paix Paris, 12 janv. 1876, *Journ. des Avoués*, 1876, tome CI, p. 72.

(2) Laurent, III, n. 68. — Req. rej., 15 juillet 1861, précité. — Cpr. Huc, II, n. 225.

ou incestueux un droit aux aliments opposable à la succession de leurs père et mère (art. 762 s.). La loi du 9 mars 1891 est venue, depuis, en reconnaître un semblable au conjoint survivant vis-à-vis de la succession de l'époux prédécédé, et enlever ainsi à cette question une forte partie de son intérêt pratique. C'est alors, en effet, que la mort d'un époux pouvait plonger son conjoint, dont le droit héréditaire était le plus souvent illusoire, dans la plus profonde détresse, qu'il importait surtout de savoir si l'obligation d'assistance mourait nécessairement avec ceux qui en étaient tenus. Mais, pour avoir été réduit par les réformes de la loi de 1891, l'intérêt de cette recherche ne reste pas moins très sensible.

La jurisprudence paraît depuis longtemps fixée dans le sens de l'intransmisibilité de cette obligation, et nous estimons qu'il y a lieu de l'en approuver (1). Cette solution était déjà celle que consacrait la règle romaine (2); et si, dans notre ancien droit, elle ne paraissait pas à Lebrun (3) la plus équitable, il n'hésitait pas cependant à la considérer comme la seule « régulière ». En effet, cette obligation, dérivant uniquement de l'existence des rapports de parenté ou d'alliance et de la solidarité qu'ils engendrent, ne saurait survivre à leur rupture par le décès de celui auquel elle s'imposait. Attachée à une qualité personnelle, elle doit logiquement disparaître avec cette qualité même, ou, plus exactement encore, née d'un devoir moral, elle doit s'éteindre avec celui qu'il liait.

(1) Demolombe, IV, n. 40 s.; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 131, p. 222, note 10; Laurent, III, n. 48; Huc, II, n. 221; Planiol, I, n. 686 et 687; Surville, I, n. 255; Beudant, I, n. 373; Fuzier-Herman, art. 205, n. 35 s.; Jeny, *op. cit.*, n. 489 s.; Tissier, *Oblig. alim.* (Thèse, Paris), 1880, p. 168; A. Bourbeau, *De la transm. au succ. univ. de l'obl. alim.* — Orléans, 24 nov. 1855, S., 56. 2. 385, D., 56. 2. 259. — Civ. rej., 8 juill. 1857, S., 57. 1. 809, D., 57. 1. 351. — Dijon, 17 août 1860, S., 60. 2. 560. — Toulouse, 20 mars 1866, S., 66. 2. 235, D., 66, 5. 22. — Montpellier, 30 mai 1866, S., 66. 2. 364, D., 80. 2. 142. — Besançon, 8 juill. 1879, S., 80. 2. 299, D., 80. 2. 142. — Civ. rej., 29 nov. 1893, S., 94. 1. 464, note de M. Wahl. — *Contra :* Aubry et Rau, VI, § 553, p. 100, n. 10; Demante, I, n. 291 *bis*, II; Duranton, II, n. 407; Proudhon, *De l'usuf.*, IV, n. 1818 s.; Delvincourt, I, p. 92, note 2; Marcadé, I, art. 205-VI et VII, n. 718 et 719; Allemand, II, n. 1252. — Civ. rej., 18 juill. 1809, S., 09. 1. 402, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 652. — Civ. rej., 12 déc. 1848, S., 56. 2. 385, D., 52. 5. 20.

(2) L. 5. 17. D., *De agnosc. et al. liber.*, XXV, 3.

(3) *Des success.*, liv. I. chap. V, sect. VIII, n. 32 et 33.

On comprend certes que la loi ait pu en prolonger parfois la durée au delà même de la vie du débiteur. Mais cette perpétuation, si elle peut s'expliquer par des considérations particulières, spécialement le désir d'assurer le sort du conjoint pauvre ou de laisser sous cette forme à des déshérités un lambeau du droit héréditaire qu'on leur refuse, ne semble pas être de sa nature. A raison de sa cause, l'obligation paraît, au contraire, appelée à expirer à l'instant même où la mort relève de tous ses devoirs, sinon de ses engagements, celui qu'elle frappe. Et cette conception semble beaucoup plus conforme qu'opposée à la véritable pensée des auteurs de la loi de 1891, puisque, s'ils ont jugé nécessaire de consacrer formellement le droit du conjoint survivant, ils en ont subordonné l'exercice à des conditions déterminées.

Elle ne paraît pas non plus contraire à l'intention des rédacteurs du code civil. On a voulu, à la vérité, découvrir dans les art. 762 à 764 la preuve qu'ils n'ont pas « vu, dans la nature de la dette alimentaire, un obstacle absolu à sa transmissibilité aux héritiers ». Aussi ne prétendons-nous pas qu'il faille violenter la nature des choses, pour imposer cette charge aux successeurs universels du débiteur. Nous disons seulement qu'il n'est pas normal que cette charge leur passe, quoiqu'il puisse être, parfois, très opportun de la leur faire supporter. Encore faut-il qu'on les y soumette alors expressément. Or, ainsi expliquée, notre doctrine n'est pas contredite par les dispositions qui obligent la succession des père et mère d'un enfant adultérin ou incestueux à lui fournir des aliments. La loi qui le déshéritait a cru devoir, et à juste titre, lui reconnaître tout au moins, à défaut d'un droit héréditaire proprement dit, un droit qui lui en tiendrait lieu. Ou bien plutôt elle a au fond des choses, sinon dans la pure expression de la vérité juridique, réduit son droit successoral à la stricte mesure de ce qui lui était indispensable pour pourvoir à sa subsistance, de telle sorte que les héritiers exécutent bien moins une obligation alimentaire de leur auteur qu'ils ne trouvent la succession diminuée par le prélèvement qu'y exerce l'enfant illégitime.

2062. Au surplus, la transmissibilité de cette obligation se

heurterait à de très sérieuses difficultés d'application. Ce n'est pas que les divergences qui s'élèvent entre les auteurs qui l'admettent nous paraissent constituer, si graves soient-elles, un motif suffisant de la repousser; l'exactitude d'un principe reste indépendante de la diversité des façons de l'entendre. Mais du moins ne doit-il pas aller, par ses conséquences, à l'encontre d'autres règles, qui ont d'autant plus le droit de se faire respecter qu'elles ont pour elles l'avantage de la certitude.

Or l'un des caractères de l'obligation alimentaire réside dans la variabilité de son étendue, puisque celle-ci doit être proportionnée aux besoins du créancier et aux facultés du débiteur. Ce caractère, pourrait-elle le conserver au regard des héritiers de celui-ci? Nul doute que leur décharge devrait être prononcée, si la personne à laquelle la pension est servie cessait d'être dans le besoin. Mais devrait-elle l'être encore si, à la suite de revers de fortune, ils n'étaient plus en mesure de s'acquitter? Si l'on dit oui, on prend leur personne et leur patrimoine en considération pour l'exécution d'une obligation dont ils ne sont tenus que du chef d'autrui, on apprécie leurs facultés et non point celles du débiteur primitif, le seul véritable débiteur, et on arrive peut-être à les faire échapper à une dette à l'acquittement de laquelle pourraient suffire les biens du défunt qu'ils conservent, sous prétexte qu'ils sont tout juste aussi suffisants pour assurer leur propre nourriture! Mais, si l'on répond non, cette dette se trouve ainsi mise, par la mort de l'obligé, à l'abri de toutes les variations susceptibles de survenir dans la consistance des biens qu'il laisse. Et il se peut alors que son poids continue à charger des successeurs qui n'ont plus rien entre les mains de ce qu'ils ont recueilli, pas même le montant de leur réserve, qui sont peut-être eux-mêmes tombés dans l'indigence, mais qui n'ont plus cependant le moyen de se faire reconnaître à leur tour créanciers de la succession, à raison de l'obligation alimentaire à laquelle le défunt était tenu envers eux, puisque leur besoin est né après sa mort! Enfin, si l'on se décide à les décharger, comme on le doit, dès que le créancier peut se suffire, ou, comme on le peut, dès qu'ils ne sont plus en état de lui

payer sa pension, une difficulté nouvelle apparaît : devront ils la lui servir de nouveau, s'il retombe dans l'indigence ou s'ils reviennent à meilleure fortune? Et, quelque parti qu'on prenne à cet égard, on se heurte à l'inconvénient, ou bien de faire revivre une obligation qui ne peut plus peut-être s'exécuter sur les biens héréditaires, ou bien de la considérer comme éteinte, alors que le débiteur primitif en serait encore tenu. N'est-ce donc pas que la transmission de cette obligation est susceptible, par elle-même, d'en modifier la nature, et que la substitution de personnes nouvelles à ce débiteur menace, à elle seule, d'en changer l'étendue?

2063. Mais si l'on juge, contrairement à notre opinion, que la dette alimentaire peut passer aux successeurs universels de celui qui en était tenu en son propre nom, à quelles conditions leur passe-t-elle? Trois systèmes principaux ont été émis sur ce point. Le plus libéral enseigne qu'elle leur est toujours transmise, lors même que le besoin du créancier n'apparaîtrait qu'après l'ouverture de la succession et qu'à cette époque il suffisait lui-même à son entretien (1). Le plus rigoureux exige, au contraire, que la pension alimentaire ait été, avant la mort de l'obligé, fixée dans son *quantum* par un jugement ou par un traité, ou tout au moins qu'elle ait fait l'objet d'une demande en justice (2). Un dernier enfin se contente que l'indigence de celui qui la réclame ait été antérieure au décès de celui qui la devait, et c'est à lui, s'il nous fallait choisir, que nous donnerions la préférence (3).

Vainement dit-on, en faveur du premier système, que l'obligation alimentaire existe en germe dès que s'établissent les relations de parenté ou d'alliance dont elle dérive, et que la survenance du besoin n'est qu'une condition de sa réalisation, qui doit rétroagir jusqu'à cette époque, conformément à la règle de l'art. 1179. Encore faudrait-il que cette condition s'accomplît avant que la rupture de ces relations par le

(1) Delvincourt, I, p. 92, note 2; Duranton, II, n. 407.

(2) Vazeilles, II, n. 525 et 526; Coffinières, *loc. cit.*, n. 33. — Cpr. Nancy, 15 nov. 1824, S., 25. 2. 362, D., 33. 2. 48.

(3) Aubry et Rau, VI, § 553, p. 100, n. 10; Demante, I, n. 291 *bis*, II; Proudhon, *De l'usufruit*, IV, n. 1818 et 1819; Marcadé, I, art. 205-VI et VII, n. 718 et 719.

décès du débiteur éventuel n'eût fait disparaître la personne du grevé : sans quoi la dette ne peut plus naître à sa charge, et dès lors il ne saurait la transmettre. Mais, d'autre part, elle s'impose à lui, dès qu'il vit encore à l'instant où se produit le dénûment du créancier, et avant même que celui-ci l'ait actionné ou obtenu de lui, judiciairement ou à l'amiable, la fixation du montant du secours. Le traité ou la décision qui interviennent constatent le droit sans le créer, puisqu'il a sa source dans la loi, et en précisent l'étendue plus encore qu'ils ne le constatent. Et, partant, ce n'est, contrairement au second système, ni la demande en justice, ni le jugement qui y fait droit, ni la convention qui les prévient, qui fait passer la charge de la personne du débiteur à celle de ses héritiers. Ne serait-il pas, d'ailleurs, aussi injuste qu'illogique qu'à défaut de traité ou de décision judiciaire, ils échapassent à cette charge, tout simplement parce que leur auteur l'aurait, de son vivant, spontanément acquittée? Si l'on admet qu'ils la subissent, ils doivent la supporter dans tous les cas où leur auteur l'aurait dû lui même.

2064. Par une conséquence naturelle de cette doctrine, il semblerait que les successeurs ne pussent pas voir augmenter, avec les besoins du créancier, le montant de la pension qu'ils sont tenus de lui servir, puisque, dans la mesure de leur accroissement, ces besoins n'existaient pas à la mort du débiteur originaire (1). Mais peut-être aussi serait-il permis de soutenir, sans se contredire, que le droit du pensionnaire, une fois né, doit rester sujet à toutes les variations, soit en plus, soit en moins, auxquelles il est par nature exposé, abstraction faite de la qualité des personnes auxquelles il est opposable.

§ II. *De la naissance de l'obligation alimentaire et de son étendue.*

I. *Des conditions auxquelles on peut s'en prévaloir.*

2065. « *Les aliments ne sont accordés que dans la propor-* » *tion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de*

(1) Demante, *loc. cit.*

» *celui qui les doit* » (art. 208). En précisant l'étendue de l'obligation alimentaire, cette disposition indique aussi les seules conditions auxquelles est subordonnée sa naissance. Ces conditions sont au nombre de deux : il faut et il suffit que la partie qui s'en prévaut soit dans le besoin, et que celle à qui on l'oppose puisse la secourir.

2066. PREMIÈRE CONDITION. Il faut que la partie qui réclame des aliments soit dans le besoin, c'est-à-dire qu'elle n'ait pas les moyens de pourvoir, par elle-même, à sa subsistance.

Conformément aux principes, c'est à elle à prouver qu'elle n'en a pas les moyens, puisque telle est la condition à laquelle est subordonné le bien-fondé de sa demande. Aucun motif, pas plus la prétendue impossibilité d'une preuve négative que la difficulté de cette justification, n'autorise, quoi qu'on ait dit, à la décharger de ce fardeau. Elle doit donc indiquer l'état exact de sa fortune, déposer en quelque sorte son bilan, avec preuves à l'appui, dans la mesure du possible. Et il appartient au défendeur de contester ses dires et d'établir, s'il y a lieu, qu'elle dissimule tout ou partie de ses ressources. Mais la preuve doit être censée faite, s'il ressort de ces explications contradictoires que le demandeur n'est pas en mesure de suffire à ses besoins (1).

2067. Or, quand doit-il être réputé ne pas pouvoir y suffire?

La notion toute relative du besoin doit être déterminée, tout d'abord, eu égard au sexe, à l'âge, à l'état de santé, aux charges de famille et même aussi à la situation sociale du demandeur (2). La solidarité familiale, qui est le principe de l'obligation, permet en effet au créancier d'exiger qu'on le replace, sinon dans sa position antérieure, du moins dans une position qui ne soit pas, aux yeux de l'opinion, par trop inférieure au rang que, par son éducation et ses relations, il occupe dans

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 2 *bis*, n. 2; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 107, n. 23 et 24; Laurent, III, n. 72; Huc, II, n. 206. — Caen, 17 août 1880, *Rec. Caen*, 1881, p. 1. — Cpr. Planiol, I, n. 676. — *Contra*: Zachariæ, III, § 552, p. 698, note 23; Delvincourt, I, p. 92, note 3; Duranton, II, n. 410. — Colmar, 23 févr. 1813, S., 14. 2. 3, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 660. — Cpr. Demolombe, IV, n. 47; Fuzier-Herman, art. 205, n. 6.

(2) Portalis, *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 520, n. 60; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 110, n. 40; Demolombe, IV, n. 62; Fuzier-Herman, art. 205, n. 1 s.

la société. Il ne saurait donc s'agir de lui assurer seulement le strict « minimum d'existence » auquel paraîtrait devoir le condamner le principe égalitaire; car il est certain que les rédacteurs du code, loin de s'inspirer de ce principe, ont entendu suivre sous ce rapport les tendances plus ou moins éclairées, et, le plus souvent, au fond très peu démocratiques, de la conscience générale. Et elle réclame encore aujourd'hui qu'il y ait une certaine communauté dans le genre d'existence des membres d'une même famille.

2068. C'est à ses besoins ainsi appréciés que le demandeur doit être impuissant à fournir par lui-même, c'est-à-dire soit par son travail (1), soit à l'aide des ressources qu'il possède déjà.

Le travail auquel il peut demander sa subsistance doit être, conformément à la conception qui vient d'être exposée, en rapport avec son âge, son sexe, son état de santé, son éducation, ses occupations antérieures et sa situation sociale (2). Mais la possibilité réelle de trouver un emploi qui satisfît à ces exigences, le priverait du droit aux aliments. Tout au plus serait-il permis de lui en accorder pendant le temps raisonnable que devraient durer ses recherches dans le milieu économique où il est placé (3). Les lui assurer au-delà serait donner une prime à la paresse ou à l'inconduite, affaiblir l'initiative individuelle, et émousser le sentiment de la responsabilité personnelle, le plus efficace des stimulants et des freins de l'action humaine. Saint Paul disait déjà : » *Qui non laborat nec manducet* » (4).

(1) *Dic. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 388 et 389, n. 21; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 106, n. 22; Demolombe, IV, n. 46; Duranton, II, n. 412; Laurent, III, n. 71; Huc, II, n. 205; Planiol, I, n. 674; Vazeille, II, n. 486; Fuzier-Herman, art. 205, n. 4. — Req. rej., 8 juil. 1850, S., 51. 1. 61, D., 50. 1. 225. — Req. rej., 7 juil. 1863, S., 63. 1. 374, D., 63. 1. 400. — Pau, 26 déc. 1866, D., 67. 2. 196. — Bordeaux, 13 juin 1899, D., 1900. 2. 111.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, *loc. cit.*; Huc, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 207, n. 2. — Rennes, 12 juin 1810, S. chr., III, 2. 286, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 621. — Bruxelles, 19 janv. 1811, S., 11. 2. 317. — Colmar, 7 août 1813, S., 13. 2. 373, D., *Rép.* v° *Mariage*, n. 658. — Lyon, 17 janv. 1882, *Mon. jud. Lyon*, 2 juillet.

(3) Cpr. Bordeaux, 13 juin 1899, précité. — Trib. Albi, 15 déc. 1905, D., 1906. 5. 9.

(4) II, *Thessal.*, IV, 10.

2069. Il est plus délicat de dire à quels signes caractéristiques se reconnaît l'insuffisance des ressources personnelles du demandeur, et la doctrine se montre à cet égard incertaine. A-t-il droit aux aliments par cela seul, comme l'affirment les uns (1), que ses revenus ne peuvent pas couvrir sa dépense? Ce droit lui est-il refusé dès qu'il peut y faire face « en réalisant un capital », ou « tant que son patrimoine n'est pas épuisé », ainsi que le prétendent les autres (2)? Ou bien enfin le juge jouit-il, comme le soutient une troisième opinion (3), d'un pouvoir d'appréciation souverain, pour déterminer la réalité du dénûment et la nécessité du secours? Tous ces systèmes nous paraissent trop absolus.

Le premier est toutefois, à notre sens, celui qui s'écarte le plus de la vérité. S'en tenir au revenu de la personne, pour rechercher s'il lui est impossible de pourvoir à ses besoins, ce serait risquer parfois de lui accorder une assistance dont elle pourrait se passer, en opérant une transformation opportune dans la consistance de son patrimoine. S'il est d'une sage administration de n'imputer des dépenses annuelles que sur les ressources qui ont la même périodicité, il est d'une économie non moins habile de chercher à augmenter celles-ci pour les proportionner à leurs charges, et la nécessité même exige qu'on s'en prenne au capital, si, quoi qu'on fasse, elles leur restent inférieures.

Convient-il pourtant, d'autre part, d'obliger le demandeur, avant de lui donner aucun secours, à dévorer sa substance et à réaliser coûte que coûte, au préalable, tous ses capitaux, pour en appliquer le produit à ses besoins? Sans doute il ne semble pas, quoi qu'on ait dit, qu'on puisse l'autoriser à conserver des biens improductifs ou le dispenser d'une opération avantageuse, pour lui permettre de satisfaire son amour-propre ou de rester fidèle à ses souvenirs ou à ses affections.

(1) Aubry et Rau, VI, § 453, p. 106, n. 21; Vazeille, II, n. 513. — Req. rej., 13 mars 1813, S., 13. 1. 457, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 613. — Lyon, 17 janv. 1882, précité. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 205, n. 3.

(2) Toullier, II, n. 613; Laurent, III, n. 71; Huc, II, n. 205.

(3) Demolombe, IV, n. 44 et 45; Planiol, I, n. 674. — Req. rej., 23 fév. 1898, S., 1902. 1. 307, D., 98. 1. 303, rapp. de M. Denis.

Et c'est à bon droit qu'on exige de lui le sacrifice de toutes ces préoccupations, qui cessent d'être respectables lorsqu'elles doivent avoir pour résultat d'imposer la charge de son entretien à une autre personne. Il paraîtrait néanmoins trop rigoureux de le contraindre à consommer sa ruine définitive, pour parer à ses besoins immédiats, en consentant à des aliénations désastreuses en l'état du marché, et de lui refuser jusque-là toute assistance, par ce motif que leur produit éventuel le mettrait, plus ou moins longtemps, en mesure de s'en passer. Cette rigueur nous semble d'autant moins admissible qu'elle lui serait souvent moins préjudiciable à lui-même que contraire aux intérêts bien entendus de celui qui est tenu de l'obligation alimentaire, puisque, en l'y faisant échapper pour le présent, elle l'y astreindrait plus complètement pour l'avenir, en détruisant sans retour les chances qui restent au créancier de voir, par la hausse des valeurs qui composent son patrimoine, ses affaires s'améliorer. Cette sévérité ne doit donc pas être entrée dans les vues de la loi [1].

2070. Ce n'est pas à dire toutefois, selon nous, que le juge ne puisse s'exposer jamais à la censure de la cour de cassation, quand il apprécie si le demandeur a droit à être secouru. Si cette question est toute de fait, en ce sens qu'il appartient au juge de déclarer, eu égard aux circonstances, que le créancier est ou non dans le besoin, nous estimons que sa décision serait susceptible d'être cassée, si elle lui accordait une pension par ce seul motif, soit que ses revenus actuels sont insuffisants, soit qu'il ne saurait être obligé d'imputer la charge de son entretien sur ses capitaux, lors même qu'il lui serait loisible d'en transformer fructueusement la nature.

Notre opinion se rapproche ainsi de celle de M. Demolombe, sans arriver à se confondre avec elle. Il nous paraît en effet qu'elle tend, telle qu'il la développe, à faire de la dette alimentaire plus encore une obligation de tirer d'embarras, chaque fois qu'ils s'y trouvent, et fût-ce par des « sortes de prêts », ceux envers qui elle incombe, que l'obligation toute différente de leur fournir une pension, lorsqu'ils sont dans

[1] Cpr. Douai, 16 janv. 1882, D., 85. 2. 69.

le « besoin ». Qu'on n'exige pas à la rigueur, comme certains le veulent en prenant cette expression de besoin dans son sens le plus littéral, qu'ils soient déjà tombés dans le dénûment et dans l'indigence, nous n'y contredisons pas. Mais du moins faut il que leur situation actuelle soit telle que, réduits à leurs propres ressources, ils soient menacés d'être hors d'état, dans un avenir prochain, de pourvoir à leur subsistance. Aller au delà, en autorisant à l'avance « tous les arrangements, toutes les combinaisons qui sont utiles... et qui peuvent soulager l'un en gênant l'autre le moins possible », c'est perdre de vue, à la fois, l'objet de l'obligation alimentaire, et la nécessité des opérations auxquelles chacun doit se résigner, pour sauvegarder sa situation quand elle est compromise.

2071. A l'exception d'un unique dissentiment, on s'accorde du reste à reconnaître qu'on ne saurait, comme dans l'ancien droit (1), obliger ceux qui veulent obtenir des aliments à faire à ceux auquels ils les réclament l'abandon de tous leurs biens, « à l'exception des meubles nécessaires pour leur usage ». Dans le silence de nos lois, cette condition exorbitante ne saurait leur être imposée (2).

2072. Celle qui vient d'être étudiée est effectivement la seule qui soit requise en la personne du créancier. Et d'abord il a droit aux aliments, quel que soit son âge (3), dès que son besoin est établi, de quelque cause qu'il procède, privation de travail, spéculation malheureuse, ou dissipation et inconduite, c'est-à-dire qu'il soit le résultat de son inhabileté, de sa malchance ou de ses fautes (4). Peu importe, en effet, que

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 390; Furgole, *Des testaments*, III, ch. VIII, sect. I, n. 186; *Nouv. Denizart*, I, v° *Aliments*, § 4, n. 5.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 106, n. 21; Demolombe, IV, n. 44 et 57; Duranton, II, n. 399; Duvergier sur Toullier, II, n. 613, p. 6, note 2; Proudhon, I, p. 257; Marcadé, I, art. 205-IV, n. 716 *bis*; Vazeille, II, n. 513. — Bordeaux, 16 févr. 1828, S., 28. 2. 120, D., 28. 2. 93. — *Contra* : Toullier, II, n. 613.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 108, n. 29; Demolombe, IV, n. 48; Duranton, II, n. 382. — Colmar, 7 août 1813, S., 13. 2. 373, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 658.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 107, n. 25 et 26; Demolombe, IV, n. 48; Laurent, III, n. 70; Planiol, I, n. 678; Vazeille, II, n. 514; Fuzier-Herman, art. 207, n. 3 s. — Colmar, 7 août, 1813, S., 13. 2. 373, D , *Rép.*, v° *Mariage*, n. 658. — Cpr. Duranton, II, n. 383.

les circonstances qui le font apparaître soient indépendantes ou non de sa volonté, puisqu'il s'agit, non de lui faire supporter le poids de sa responsabilité, mais tout au contraire de le lui alléger, s'il est trop tard pour qu'il parvienne à se suffire à lui-même. Ainsi le débiteur serait mal reçu à objecter au demandeur qu'il n'a pas su employer la dot qu'il lui avait donnée ou les ressources qu'il avait mises à sa disposition (1).

2073. Ensuite le droit aux aliments persiste en dépit des torts que peut avoir eus celui qui les demande envers celui qui les doit (2) : la méconnaissance de ses devoirs par le premier ne saurait dispenser le second de remplir les siens.

Des père et mère ne seraient donc pas fondés à refuser des aliments à leur enfant qui se serait marié contre leur gré, pas plus qu'à son conjoint et aux enfants issus de cette union (3). D'abord ils ne sauraient même pas, en principe, lui reprocher d'avoir exercé une faculté que la loi lui accorde. D'autre part, en eût-il mésusé, qu'ils n'en seraient pas, pour cela, affranchis des liens de la parenté ou de l'alliance : la solidarité familiale n'est pas moins obligatoire dans ses origines que dans ses effets juridiques. En vain opposeraient-ils que l'enfant ne doit pas avoir le moyen indirect de les contraindre à le doter. Par les circonstances dans lesquelles on peut les exiger, comme par leur étendue, les ressources que procure l'obligation alimentaire se distinguent complètement de celles qu'on peut trouver dans une dot. Il appartiendrait seulement au tribunal de ne pas fournir à l'enfant, sous forme de pension, l'équivalent de la dot qui lui a été refusée.

2074. De la généralité de notre motif il faut déduire aussi, contrairement à l'opinion dominante, que la demande serait

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 385; Demolombe, IV, n. 48.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, IV, n. 49; Planiol, I, n. 678. — Cpr. Trib. Châlon-sur-Saône, 26 juill. 1871, sous Dijon, S., 73. 2. 255, D., 73. 2. 132.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 1, art. 1, n. 4 et 5; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 107, n. 27; Demolombe, IV, n. 49 et 50; Toullier, II, n. 614; Duranton, II, n. 384; Laurent, III, n. 70; Vazeille, II, n. 514; Fuzier-Herman, art. 207, n. 5. — Req. rej., 7 déc. 1808, S., 9. 1. 38, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 665. — Bruxelles, 19 janv. 1811, S., 11. 2. 317, D., *eod. loc.* — Caen, 15 avril 1828, S., 30. 2. 83, D., 30. 2. 153.

encore recevable lors même que le créancier se serait rendu coupable, envers le défendeur, de l'un des faits d'indignité qui, aux termes de l'art. 727-1° et 2°, le font exclure de sa succession (1). Aucune offense, si monstrueuse soit-elle, ne saurait relever d'un devoir si pressant que, même dans l'ancienne jurisprudence, on considérait celui qui s'en affranchissait comme « coupable d'homicide devant Dieu » (2). Or, si on l'admettait cependant à s'y soustraire « dans le for extérieur », c'était uniquement par application d'une loi romaine (3) qui ne saurait avoir aucune autorité dans notre droit actuel, surtout en présence des dispositions qui ne font cesser que dans des cas nettement déterminés l'obligation alimentaire. En outre, de ce qu'une personne est privée de sa vocation héréditaire vis-à-vis d'une autre, il n'est nullement permis de conclure qu'elle perd le droit de s'en faire assister, le cas échéant. D'une part, les incapacités ne sont point susceptibles d'interprétation extensive. D'autre part, si le droit de succession a son fondement dans les affections présumées du défunt, l'obligation alimentaire a le sien dans une solidarité tout à fait indépendante de la volonté de celui qui y est soumis et aussi durable que les rapports de parenté ou d'alliance dont elle dérive. Or ce serait une exagération manifeste que de les prétendre rompus par les écarts de conduite, quelque graves qu'ils soient, de l'un de ceux qu'ils unissent.

2075. C'est par ce dernier motif que les effets de cette solidarité ne cessaient pas, dans l'opinion générale, avant la loi du 31 mai 1854, lorsque celui qui s'en prévalait avait été condamné à raison d'un crime emportant mort civile (arg. art. 25 al. 3) (4).

(1) Demolombe, IV, n. 51; Beudant, I, n. 372; Coffinières, *loc. cit.*, n 23 et 24; Fuzier-Herman, art. 207, n. 6. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 107, n. 28; Toullier, *loc. cit.;* Duranton, II, n. 385 et 418; Marcadé, I, art. 210 et 211-II, n. 723; Vazeille, *loc. cit.* — Cpr. Planiol, I, n. 678, *in fine.* — Chambéry, 6 mai 1891, D., 92. 2. 503.

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 385. — Cf. *Nouveau Denizart*, I, v° *Aliments*, § 4, n. 6.

(3) L. 5, 11, D, *De agnosc. et al. lib.*, XXV, 3.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 108, n. 31; Demolombe, I, n. 204; Duranton, I, n. 255; Demante, I, n. 51 *bis;* Vazeille, II, n. 487. — Paris, 18 août 1808, S., 12. 2. 208, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 723.

2076. Deuxième condition. Il faut que l'obligé ait les moyens de subvenir aux besoins de l'assisté (1). Dans l'évaluation de ces moyens, il y a lieu tout naturellement de tenir compte des dettes qui grèvent son actif et le diminuent d'autant, et des charges dont il ressent déjà le poids (2). Mais il faudrait aussi prendre en considération les ressources qu'il pourrait demander à un travail en rapport avec sa condition, pour augmenter celles qu'il a déjà acquises, si elles étaient insuffisantes à faire face à cette charge nouvelle. Tenu d'une véritable obligation, il ne lui serait pas permis d'y échapper, sous prétexte qu'il s'abstient depuis plus ou moins longtemps de toute occupation lucrative et qu'on doit respecter son repos et son oisiveté. Il ne dépendrait que de lui de continuer à en goûter les douceurs, mais en réduisant, pour s'acquitter, ses consommations personnelles; c'est-à-dire que le juge devrait faire alors entrer en ligne de compte, dans son appréciation, et ses facultés actuelles, et les ressources qu'il trouverait dans le travail, sauf à l'obligé à se contenter de ce qui lui resterait des premières après qu'il se serait exécuté (3).

II. *De l'étendue de l'obligation alimentaire.*

2077. Lorsque ces deux conditions sont remplies, c'est le rapport existant entre les besoins du créancier et les facultés du débiteur qui détermine la mesure dans laquelle les aliments doivent être fournis. Il se pourrait donc fort bien que l'insuffisance des unes ne permit de procurer qu'une satisfaction partielle aux autres.

Par aliments, du reste, il faut entendre tout ce qui est nécessaire pour vivre, c'est-à-dire la nourriture, le vêtement et le logement (4). Et cette nécessité doit toujours s'apprécier en

(1) Planiol, I, n. 674.

(2) Req. rej., 17 juin 1856, D., 56. 1. 463.

(3) Huc, II, n. 206. — Cpr. Nancy, 12 juin 1879, *Rec. Nancy*, 1879, p. 214.

(4) L. 6, D., *De alim. vel cib. leg.*, XXXIV, 1; L. 45, D., *De usufr. et quem.*, VII, 1; L. 43 et 44, D., *De verb. sign.*, L. 16. — Cpr., pour les frais de dernière maladie, Trib. Nancy, 30 janv. 1902, et Trib. Boulogne sur-Mer, 28 nov. 1902, S., 1903. 2. 52.

la personne de celui auquel ces aliments sont dus [1]. Il faut également comprendre dans l'obligation les secours en cas de maladie et les frais funéraires eux-mêmes [2].

2078. Mais l'obligation alimentaire n'entraîne pas avec elle celle de payer les dettes de cette personne [3]. Elle a pour objet de lui procurer les choses nécessaires à la vie, et non de la replacer, par l'extinction même de son passif, au-dessus de ses affaires. Aussi cette solution était-elle déjà consacrée dans le droit romain [4], comme par notre ancienne jurisprudence [5]. Tout au plus certains admettaient-ils, dans cette dernière, que, par une exception à ce principe que rien ne justifierait aujourd'hui, le débiteur pouvait être tenu d'acquitter celles de ces dettes qui avaient fait mettre l'« alimentaire » en prison [6].

2079. Cette règle doit être maintenue même en ce qui concerne les dettes contractées pour faire face à des besoins alimentaires [7]. L'obligation qui incombe à certaines personnes d'en assister d'autres a pour but de donner à ces dernières les moyens de soutenir leur vie, et n'existe que dans la mesure où ces moyens leur sont nécessaires. Or, lorsqu'elles ont pu les demander dans le passé au crédit, c'est que cette nécessité ne s'était pas encore produite : aussi n'ont-elles même pas songé à s'en prévaloir. Sans doute cette obligation, qui est purement légale, existe à la charge de ceux qu'elle grève avant toute demande en justice. Mais encore faut-il que ceux à qui elle profite aient manifesté, de quelque

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, Aubry et Rau, VI, § 553, p. 108, n. 32; Demolombe, IV, n. 52; Demante, I, n 291 *bis*, I, et 292; Duranton, II, n. 408; Laurent, III, n. 46 et 69; Huc, II, n. 204; Planiol, I, n. 681; Surville, I, n. 252 et 252-1; Beudant, I, n. 370; Vazeille, II, n. 506. — Cpr. Bordeaux, 10 janv. 1843, D., 43. 2. 151. — Bordeaux, 22 mars 1893, D., 93. 2. 342. — Paris, 16 janv. 1895, D., 95. 2. 518.

(2) Trib. paix Toulouse, 21 mai 1901, S., 1904. 2. 47. — Trib. Seine, 7 janv. 1902, S., 1903 2. 52.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 108, n. 33; Demolombe, IV, n. 53 et 54; Demante, I, n. 294 *bis*, II; Duranton, II, n. 398; Vazeille, II, n. 507; Fuzier-Herman, art. 208, n. 2 s. — *Contra :* Maleville, *Anal. rais.*, I, p. 224.

(4) L. 5, 16, D., *De agnosc. et al. lib.*, XXV, 3.

(5) Pothier, *op. cit.*, n. 392.

(6) Rousseaud de la Combe, v° *Aliments*, sect. I, n. 2.

(7) Cf. note 3, *supra*. — Cpr. Demolombe, IV, n. 55; Vazeille, II, n. 509.

façon que ce soit, leur intention d'en réclamer l'exécution et affirmé par là leur besoin, sans quoi il serait plus tard trop difficile de savoir exactement à quelle époque il est né.

2080. Et toutefois on admet généralement que ces dettes doivent être payées par les obligés, lorsque les circonstances expliquent suffisamment le défaut de demande de ceux à qui les aliments étaient dus (1). Cette solution, qui n'est justifiée d'ordinaire que par de pures considérations d'équité, semble pouvoir l'être par ce motif juridique que l'impossibilité plus ou moins complète dans laquelle ils ont pu se trouver d'exiger l'exécution de l'obligation alimentaire, ne saurait les priver de son bénéfice. Il faut, au contraire, pour que le but de la loi soit pleinement atteint, qu'il leur soit possible ainsi de recourir au crédit, pour vivre jusqu'à l'heure où il leur sera permis de former leur demande. Or ce crédit leur sera singulièrement facilité, s'ils ont un recours contre les obligés pour leur faire payer les fournitures qu'ils obtiennent, grâce à lui, dans les limites de leurs besoins réels.

2081. S'il en est ainsi, on doit reconnaître aux tiers qui leur ont ouvert ce crédit la faculté d'agir directement contre ceux qui sont tenus de l'obligation alimentaire, soit que ceux auxquels ils ont fait des fournitures leur aient cédé leur propre créance, auquel cas cette faculté ne saurait être douteuse, soit qu'ils prétendent simplement exercer les droits de leur débiteur en vertu de l'art. 1166, cas dans lequel elle ne paraît pas beaucoup plus contestable (2). Car, si l'on doit considérer comme personnel le droit aux aliments, en ce sens que les créanciers ne puissent pas l'invoquer pour procurer à leur débiteur des ressources qui resteraient à l'abri de leurs atteintes, on ne saurait le déclarer tel en tant qu'ils s'en prévalent pour se faire payer des dettes qu'il n'a pas dépendu de celui-ci d'éviter, en se faisant octroyer plus tôt une pension alimentaire.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 108, n. 34; Demolombe, IV, n. 55 et 74; Delvincourt, I, p. 92, note 2; Duranton, II, n. 390; Proudhon, *De l'usufr.*, I, n. 198; Marcadé, I, art. 205-V, n. 717; Vazeille, II, n. 507 s. — Civ. cass., 12 mai 1812, S., 12. 1. 324, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 735. — Civ. cass , 17 mars 1819, S., 19. 1. 308, D., *eod. loc.* — Lyon, 15 août 1831, S., 32. 2. 429.

(2) Cf. note précédente.

2082. Les mêmes motifs doivent faire décider que les tiers qui ont pris sur eux, sans aucune intention de libéralité, de pourvoir à tous les besoins d'une personne, ont une action en répétition contre celles à qui cette charge incombait, en vertu de l'obligation alimentaire. Ils doivent être considérés comme ayant géré leur affaire, et leur recours doit alors avoir pour mesure l'utilité de cette gestion (1). Cette restriction naturelle permettrait de ne leur allouer qu'une partie de leurs déboursés, si les obligés justifiaient qu'ils ne les auraient pas faits en totalité, en recevant chez eux, par exemple, ceux auxquels les secours étaient dus, ou même de ne leur en allouer aucune, si ces derniers s'étaient volontairement, et par leur faute, privés de la subsistance qui leur était assurée déjà.

Il semble même que les tiers devraient être considérés comme mandataires des personnes auxquelles incombait l'obligation, lorsque c'est à leur connaissance et sans protestation de leur part qu'ils s'en sont acquittés à leur place. On pourrait induire du silence de ces dernières qu'elles leur ont donné le mandat tacite d'exécuter cette obligation en leur nom (2).

2083. De quelque façon qu'elle s'exerce, cette action en répétition serait d'ailleurs susceptible, quoi qu'on en ait dit, d'être intentée aussi bien après le décès que du vivant même des personnes auxquelles les secours ont été accordés (3). Si leur mort peut rendre plus difficiles les justifications que les demandeurs sont tenus de fournir, spécialement en ce qui touche la réalité des besoins auxquels ils ont procuré satisfaction, elle ne saurait faire obstacle au succès de leur action, lorsqu'ils en établissent le bien-fondé.

2084. Mais du moins faut-il que leur conduite n'ait pas

(1) Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, III, n. 80; Huc, II, n. 227. — Douai, 22 août 1849, S., 50. 2. 586, D., 50. 2. 66. — Cpr. Aix, 2 juin 1904, D., 1904. 2. 208.

(2) Laurent, *loc. cit.*; Huc, II, n. 227. — Toulouse, 12 mars 1867, *Pand. fr.*, 87. 2. 261.

(3) Demolombe, IV, n. 75. — *Contra* : Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 3, n. 5; Duranton, II, n. 423. — Civ. cass., 17 mars 1819, S., 19. 1. 308, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 735. — Cpr. Demante, I, n. 291 *bis*, I.

été inspirée par un esprit de libéralité, et que ce ne soit pas par pure charité ou pour obéir à ce qu'ils considéraient comme un devoir d'affection, qu'ils aient donné leurs soins à ceux dont la subsistance devait être assurée par d'autres personnes. Et les circonstances du fait peuvent seules révéler, à cet égard, les véritables motifs qui ont présidé à leurs actes (1).

2085. Tel est le contenu de l'obligation alimentaire : il ne saurait être étendu au delà de ces limites. Elle ne s'oppose donc nullement à ce que les personnes qui en sont tenues usent, envers celles à qui elle profite, lorsqu'elles en sont par ailleurs créancières, de toutes les rigueurs dont ce titre autorise l'emploi : par suite il leur est permis de poursuivre par toutes les voies de droit ordinaires, et sur tous les biens de celles-ci, le paiement intégral de ce qui leur est dû. Il est vrai qu'en droit romain certains débiteurs jouissaient de la faveur, connue par les interprètes sous le nom de bénéfice de compétence, de ne pouvoir être condamnés que jusqu'à concurrence de leur avoir, et même, par un autre privilège qui n'appartenait pas à tous ceux qui pouvaient opposer l'exception *quod facere potest*, de ne pouvoir être dépouillés de ce qui leur était nécessaire pour vivre (*ne egeant*) (2). Mais cette faveur leur était déjà refusée dans notre ancienne jurisprudence, et elle est bien trop exorbitante pour qu'on la leur concède aujourd'hui sans un texte formel. Vainement objecterait-on que le débiteur de la dette alimentaire ne saurait réduire à la misère, en tant que créancier, celui dont il est tenu d'assurer la subsistance, comme obligé. Car il n'y a rien de commun entre l'obligation de fournir à cette personne, le cas échéant, une pension alimentaire, et celle, à laquelle on voudrait le soumettre, de lui laisser entre les mains un capital qui resterait exposé à tous les actes de dissipation comme à toutes les poursuites, celles de l'obligé exceptées (3).

(1) Demolombe, IV, n. 77; Laurent, *loc. cit.* — Req. rej., 22 niv. an XI, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 728. — Cf. L. 31, D., *De neg. gest.*, III, 5; L. 11 et 15, C., *eod. tit.*, II, 18; Pothier, *Du quasi-contrat neg. gest.*, n. 198.

(2) L. 33, D., *De re jud.*, XLII, 1; L. 73, pr., D., *De reg. jur.*, L. 17. — Cf. Accarias, *Précis de dr. rom.*, II, n. 919; Girard, *Manuel de dr. rom.*, 2e éd., p. 1003.

(3) Aubry et Rau, VI, § 553, p. 98, n. 1; Demolombe, IV, n. 56; Toullier, II, n. 613; Duranton, II, n. 400; Delvincourt, I, p. 92, note 12; Valette sur Proudhon,

Tout au plus le juge serait-il autorisé à « soustraire à la saisie la jouissance de quelque bien... pour la réserver à titre de provision alimentaire », si la demande de pension était formée dès cet instant, et si, d'autre part, le poursuivant était seul intéressé à ce qu'il fût donné suite à ses actes d'exécution (1). Et encore ce tempérament nous semble-t-il devoir être repoussé, car il aurait pour résultat de transformer en une sorte d'usufruitier celui qui ne doit avoir que la situation d'un pensionnaire.

§ III. *Des modes d'exécution de l'obligation alimentaire.*

I. *Mode normal de son exécution : la pension alimentaire.*

2086. Comment l'obligation alimentaire doit-elle être exécutée?

Il va de soi d'abord que les parties sont libres d'en régler à l'amiable le mode d'exécution. Toutefois, à raison du caractère de cette obligation, évidemment édictée dans des vues d'ordre public, la convention qui intervient à cet égard ne fait pas la loi de ceux qui y consentent. Elle ne la fait pas, en ce double sens que le créancier est toujours reçu à prétendre qu'elle ne lui accorde pas l'entière satisfaction qui lui est due, de même qu'il serait certainement admis à tenir pour non avenue toute renonciation qu'il aurait faite à son droit, et que le débiteur, de son côté, peut soutenir qu'elle lui impose une charge trop lourde. En d'autres termes, la convention n'est pas plus définitive et immuable que le règlement judiciaire qu'elle a pour objet de suppléer (2).

2087. A défaut d'accord volontaire, comment le juge peut-il ordonner que les aliments soient fournis?

Le principe, tel qu'il résulte des art. 210 et 211, dont l'objet est d'y déroger, est qu'ils doivent être normalement fournis sous la forme d'une « pension alimentaire », c'est-à-dire,

I, p. 450, note *a*; Planiol, I, n. 675; Vazeille, II, n. 513. — *Contra* : Proudhon, I, p. 450. — Cpr. Demante, I, n. 294 *bis*, I.

(1) Demante, *loc. cit.*

(2) Planiol, I, n. 683. — Dijon, 27 mars 1872, D., 73. 2. 132. — Limoges, 10 mars 1905, D., 1905. 2. 187.

d'une part, de prestations périodiques comme les besoins mêmes auxquels elles doivent parer, et, d'autre part, de prestations en argent, car ce ne serait pas servir une pension que de procurer en nature, à celui à qui elle est due, toutes les choses nécessaires au soutien de sa vie (1).

2088. En règle donc, le débiteur ne saurait être obligé à constituer, dans l'intérêt du pensionné, un capital dont les revenus seraient affectés au service de la pension (2). Rien dans la loi n'autorise à lui imposer un pareil sacrifice, de nature à amoindrir sa situation personnelle, en le privant de capitaux dont il avait le placement, et à lui rendre la dette beaucoup plus lourde. Moins encore peut-il être tenu de mettre le créancier lui-même en possession d'un capital, dont il risquerait trop de ne pas faire un meilleur emploi que celui qu'il a fait de ses propres ressources. Et enfin ce serait encore aggraver sa position que de le contraindre à se dessaisir, en faveur de ce dernier, de la jouissance d'un de ses biens : une pension n'est pas un usufruit.

2089. Il appartient au juge de fixer, eu égard à toutes les circonstances du fait, les époques périodiques auxquelles les arrérages de la pension doivent être payés, par quartiers, par exemple, ou par mois, ou même par jour, si les habitudes de dissipation de celui qui la touche rendaient cette extrémité nécessaire; de dire s'ils doivent être payés d'avance, et si la pension est *quérable,* conformément au droit commun (art. 1247, 2e al.), ou *portable* au domicile même du créancier (3).

2090. Mais il ne saurait être permis au juge de porter directement atteinte, par les conditions auxquelles il subordonnerait l'octroi de la pension, à la liberté dont le créancier doit continuer à jouir, notamment quant au choix de sa résidence ou de ses occupations (4). Il se pourrait sans doute que

(1) Aubry et Rau, VI, § 553, p. 109, n. 35; Demolombe, IV, n. 58 et 59; Demante, I, n. 293; Laurent, III, n. 73; Huc, II, n. 216, 217 et 219; Planiol, I, n. 679 et 680; Surville, I, n. 252; Beudant, I, n. 368.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Huc, II, n. 219; Planiol, I, n. 680; Fuzier-Herman, art. 210, n. 2. — Montpellier, 1er déc. 1806, S. chr., II. 2. 177.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 110; Demolombe, IV, n. 64; Planiol, I, n. 680.

(4) Demolombe, IV, n. 65. — Bourges, 9 août 1832, S., 33. 2. 130. — Caen, 11 nov. 1815, D , 46. 4. 14. — Cpr. Dijon, 27 mars 1872, S , 73. 2. 255, D., 73. 2. 132.

cette résidence lui fût imposée indirectement, par l'obligation où il serait d'aller quérir au domicile du débiteur les arrérages de cette pension ou même de recevoir les aliments « à son feu et à sa table ». Il se pourrait même que cette pension lui fût refusée, faute par lui d'accepter sans motifs légitimes l'emploi qui s'offrirait à lui, et que le débiteur lui procurerait peut-être lui-même, puisqu'il s'exposerait à démontrer par là que son besoin procède beaucoup plus de sa paresse que de la difficulté de fournir un aliment à son activité. Mais il n'en faut pas moins maintenir en principe que le libre exercice de ses facultés doit être pleinement respecté, et que le juge ne doit pas chercher à le limiter par les conditions dont il entoure l'allocation des secours. Il ne saurait être plus exigeant que la loi, qui les accorde par cela seul que l'existence du besoin est justifiée.

Nous ne voudrions même pas dire que le pensionnaire qui reçoit les aliments en nature, au domicile du débiteur, est tenu de lui prêter son concours, comme les autres membres de la famille, s'il n'a pas de raisons pour s'en dispenser [1]. Cette preuve de mauvaise volonté serait de nature assurément à lui rendre le juge fort peu favorable. Mais enfin la loi n'exige nulle part que le créancier paie, même pour partie, et sous quelque forme que ce soit, l'assistance qui lui est due.

2091. D'un autre côté, serait-il au pouvoir du juge d'obliger le débiteur de la pension à fournir des sûretés, telles qu'une caution ou une hypothèque, pour le paiement des arrérages, et même, à titre exceptionnel, à constituer un capital qui en assurât le service, si les circonstances semblaient démontrer l'utilité de cette mesure ? Beaucoup d'auteurs [2] l'admettent, pour le cas où il serait à craindre que le débiteur ne cherchât frauduleusement à se soustraire au

[1] Demolombe, IV, n. 66. — *Contra :* Proudhon, *De l'usufruit,* I, n. 203. — Cpr. Trib. Château-Gontier, 2 août 1904, D., 1905. 5. 5.

[2] Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, IV, n. 69; Fuzier-Herman, art. 205, n. 20 s. — Req. rej., 30 janv. 1828, S., 28 1. 279, D , 28. 1. 115. — Civ. rej., 14 juin 1853, S., 53. 1. 609, note de M. Devilleneuve, D., 53. 1. 185. — Lyon, 5 fév. 1869, S , 69. 2. 250, D., 70. 2. 131. — Agen, 7 mars 1870, S., 70. 2. 233, D., 70. 2. 131. — Lyon, 24 avril 1885, *Monit. jud. Lyon,* 29 avril. — Req. rej., 2 déc. 1895, S., 96. 1. 321, rapp. de M. Denis, note de M. Tissier, D., 96. 1. 198.

paiement de la pension, soit en dilapidant son patrimoine, soit en changeant la consistance de ses biens pour les dérober à toutes les poursuites, soit en consentant des aliénations simulées. Et il faut reconnaître que ce moyen serait parfois le seul efficace, quoi qu'on en ait dit, pour sauvegarder les droits d'un créancier qui ne saurait, à raison du caractère futur et même éventuel des prestations qui lui sont dues, prendre les mesures décisives que comporte la situation et se défendre utilement, à l'aide des ressources du droit commun, contre toutes les fraudes dont il peut être victime.

Mais ce moyen est-il légal ? Il est fortement permis d'en douter. L'exécution d'une décision judiciaire ne peut être assurée, en principe, que par l'hypothèque que la loi y attache elle-même, et il ne dépend pas du juge d'augmenter cette garantie, s'il la trouve insuffisante. Or on cherche vainement ce qui l'autoriserait ici à se soustraire à cette règle fondamentale et à se montrer plus exigeant que la loi. On ne voit pas, au surplus, ce que la constitution d'une hypothèque conventionnelle pourrait ajouter à la sûreté qui résulte, pour le créancier, de l'hypothèque judiciaire qu'emporte de plein droit la condamnation prononcée contre le débiteur. Quant au surcroît de garanties qu'on chercherait à prendre de ce dernier sous une autre forme, il ne paraît pas possible de conclure de leurs avantages à leur légalité. Et il n'en serait du reste aucune, pas même le dépôt d'une somme d'argent, qui fût de nature à assurer d'une façon certaine l'exécution de la condamnation, l'insolvabilité du débiteur les faisant toutes évanouir (1).

2092. S'il tombait, en effet, en faillite ou en déconfiture, l'hypothèque judiciaire qui garantit le service de la pension (arg. art. **2123**), ou les autres sûretés qu'on se serait cru en droit d'exiger de lui, ne sauraient être opposables, pour l'avenir, à ses créanciers, puisque cette situation lui permet de demander sa décharge (art. **209**) (2). Et, à son défaut, ses créanciers ont incontestablement le droit de la réclamer de

(1) Huc, II, n. 219. — Cpr. Lyon, 19 juin 1872, S., 73. 2. 20.

(2) Cf. note 2 de la page précédente. — Demolombe, IV, n. 68; Huc, *loc. cit.* — *Contra :* Civ. rej., 14 juin 1853, précité.

son chef (art. 1166), cette faculté n'étant pas de celles qu'on doit considérer comme attachées à sa personne. Il serait par trop absurde que, faute de ce droit, ils fussent tenus de lui laisser de quoi suffire au service de la pension, alors qu'ils peuvent le dépouiller de ce qui le faisait vivre lui-même. Vainement objecterait-on qu'ils l'empêchent ainsi de continuer à s'acquitter d'un devoir qu'il considère comme sacré, car le premier des devoirs qui s'imposent à un débiteur est de ne pas augmenter son insolvabilité en payant une dette dont la loi l'affranchit, à la simple condition de faire constater son état de gêne. Non seulement donc les créanciers sont admis à méconnaître toutes les sûretés dont se prévalait le pensionnaire, mais, par une suite nécessaire des motifs qui ont été exposés, celui-ci ne peut même pas venir par contribution avec eux et se faire colloquer pour le capital représentatif de sa pension.

II. *Modes d'exécution exceptionnels.*

2093. La règle que les aliments doivent être fournis sous la forme d'une pension pécuniaire souffre deux exceptions, dont la première est beaucoup plus large que la seconde.

Première exception. — Si le service d'une pension en argent assure l'indépendance respective de la personne qui la reçoit et de celle qui la sert, en les dispensant de la vie en commun, il n'en aggrave pas moins les charges du débiteur, car il est infiniment plus coûteux d'entretenir le ménage d'un tiers que de l'héberger. Aussi le débiteur peut-il être relevé de cette obligation lorsqu'il plie sous le fardeau : « *Si la per-* » *sonne qui doit fournir les aliments,* dispose l'art. 210, *jus-* » *tifie qu'elle ne peut payer la pension alimentaire, le tribunal* » *pourra, en connaissance de cause, ordonner qu'elle recevra* » *dans sa demeure, qu'elle nourrira et entretiendra celui* » *auquel elle devra des aliments.* » C'est donc au juge à apprécier souverainement, d'une part s'il est réellement impossible au débiteur de s'acquitter en argent, et d'autre part, étant donnés les rapports antérieurs des parties et toutes les autres circonstances du fait, si l'existence en commun ne

présente pas de sérieux inconvénients pour l'une ou pour l'autre (1).

2094. Ce pouvoir lui appartient, du reste, quelle que soit la qualité de l'obligé. Et notamment il paraît incontestable, en dépit d'une décision contraire, qu'il en peut user même vis-à-vis des père et mère tenus de la dette alimentaire, pour les contraindre à recevoir chez eux leur enfant (2). La disposition de l'art. 210 ne comporte aucune restriction; et, quant à celle de l'art. 211, si elle dispense les père et mère des justifications exigées des autres débiteurs, elle ne les soustrait aucunement à l'obligation qui pèse sur eux, pour le cas où ils n'auraient pas les moyens de payer une pension en argent. Or ils se déchargeraient de la dette, contre toute justice, s'il dépendait d'eux de refuser à leur descendant même l'hospitalité qu'ils sont en état de lui donner. Craindrait-on que des enfants rebelles pussent ainsi braver l'autorité de leurs parents, à leur propre domicile, et abuser du jugement qui y autorise leur présence? Mais le pouvoir d'appréciation des magistrats leur permet de prévenir ces excès, quand ils sont réellement à redouter.

2095. Peut-être ne franchiraient-ils pas les bornes de ce pouvoir, en décidant que, dans l'impossibilité où se trouve l'obligé de payer une pension en argent, et en présence des inconvénients qu'offrirait la vie commune, il sera admis à fournir des aliments en nature, que le créancier consommera chez lui (3). Ce moyen terme, susceptible de rendre à l'une des parties toute la liberté compatible avec sa situation et de procurer à l'autre un sérieux soulagement, semble rentrer dans le vœu de la loi, puisqu'il n'en est pas d'autre qui permette, en la circonstance, l'exécution de l'obligation. Encore faudrait-il qu'il ne fût réellement pas possible à l'obligé de servir une pension en argent, même très réduite, car ce

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 110, n. 38; Laurent, III, n. 73; Planiol, I, n. 681; Surville, I, n. 252-I; Vazeille, II, n. 517. — Poitiers, 25 nov. 1824, S., 25. 2. 301, D., 25. 2. 96. — Cpr. Demante, I, n. 293 *bis*, I.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 110, n. 39; Demolombe, IV, n 61; Proudhon, I, p 451; Fuzier-Herman, art. 210, n. 9 s. — *Contra :* Amiens, 13 janv. 1838, S., 38. 2. 291, D., 38. 2. 88.

(3) Demante, I, n. 293 *bis*, II.

moyen qui n'a pas fait l'objet des prévisions explicites du législateur, doit être considéré comme tout à fait exceptionnel.

2096. Deuxième exception. — Par une faveur toute spéciale, qu'explique très suffisamment la situation respective des parties, les père et mère peuvent être admis, sur leur demande, à recevoir chez eux leurs enfants majeurs auxquels ils doivent des aliments, sans avoir à justifier de l'impossibilité où ils pourraient être de leur servir une pension (1). Ces enfants ne sauraient, en général, trouver mauvais qu'on les oblige à revenir au domicile qui a été si longtemps le leur, ou qu'on les replace dans un état de dépendance que l'affection de leurs parents s'applique d'ordinaire à leur dissimuler.

Et du reste le juge ne doit accueillir la demande de ces derniers qu'en connaissance de cause, ce qui l'autorise à l'écarter dans tous les cas où il serait à craindre que l'enfant ne trouvât pas chez eux un traitement convenable (2) : « *Le tribu-* » *nal,* dit en effet l'art. 211, *prononcera également si le père* » *ou la mère qui offrira de recevoir, nourrir et entretenir dans* » *sa demeure, l'enfant à qui il devra des aliments, devra dans* » *ce cas être dispensé de payer la pension alimentaire.* »

2097. Cette faveur toute spéciale ne saurait être étendue à d'autres personnes que celles à qui elle a été expressément accordée. Elle doit donc être refusée non seulement, ce qui est certain, aux descendants dans leurs rapports avec leurs ascendants (3), et aux alliés dans leurs relations réciproques (4), mais encore, quoiqu'on l'ait contesté, à tous autres ascendants

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 109, n. 36; Demolombe, IV, n. 59; Laurent, III, n. 74; Huc, II, n. 218; Planiol, I, n. 684; Surville, I, n. 252-I; Beudant, I, n. 368; Vazeille, II, n. 517.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 109, n. 36; Demolombe, IV, n. 59; Demante, I, n. 293 *bis*, II; Toullier, II, n. 613; Duranton, II, n. 415; Vazeille, II, n. 515; Fuzier-Herman, art. 210, n. 12 s.; art. 211, n. 2 s. — Aix, 3 août 1807, S., 08. 2. 109, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 686. — Bordeaux, 20 juin 1832, S., 32. 2. 468, D., 33. 2. 25. — Bordeaux, 22 févr. 1851, S., 51. 2. 494, D., 51. 2. 197. — Dijon, 27 mars 1872, S., 73. 2. 255, D., 73. 2. 132. — Req. rej., 23 janv. 1893, D., 93. 1. 184.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 109, n. 37; Fuzier-Herman, art. 210 n. 4 s et n. 9. — Besançon, 14 janv. 1808, S., 07. 2. 177, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 684 — Grenoble, 8 avril 1870, S., 71. 2. 36, D., 70. 2. 226. — Cpr. Bourges, 9 août 1832, S., 33. 2. 130.

(4) Colmar, 23 fév. 1813, S., 14. 2. 3, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 684.

qu'à ceux du premier degré (1). Ils semblent, il est vrai, avoir été compris par l'ancien droit dans les termes de cette exception (2). Mais la disposition de l'art. 211 les en exclut, par cela seul qu'elle ne les mentionne pas. Au fond, du reste, la situation est différente, puisqu'il ne s'agit plus pour les enfants de reprendre le genre d'existence auquel ils avaient été si longtemps habitués. En vain oppose-t-on que le pouvoir d'appréciation du juge les garantit contre des offres qui ne s'inspireraient pas d'une affection égale à celle de leurs père et mère. Cette considération tendrait à faire admettre comme toujours possible, parce qu'elle serait toujours sans péril, une faculté qui n'a été précisément reconnue au juge que dans une hypothèse unique.

III. *De la variabilité du contenu de l'obligation.*

2098. Les deux éléments qui déterminent le contenu de l'obligation alimentaire, le besoin de l'une des parties et les facultés de l'autre, étant susceptibles par nature de varier beaucoup, il s'ensuit que ni le montant de la pension, ni même le mode suivant lequel les aliments doivent être fournis, ne sauraient être fixés d'une façon irrévocable. L'art. 209 ne renferme qu'une application de ce principe général, pour le cas où le règlement a été l'œuvre du juge : « *Lorsque,* dit-» il, *celui qui fournit ou celui qui reçoit des aliments est* » *replacé dans un état tel, que l'un ne puisse plus en donner,* » *ou que l'autre n'en ait plus besoin, en tout ou en partie, la* » *décharge ou réduction peut en être demandée.* »

2099. Ainsi, de son côté, l'obligé peut demander son entière décharge si lui-même n'est plus en état de fournir des aliments, sous quelque forme que ce soit, ou si celui qui les reçoit n'en a plus besoin (3). Il ne peut réclamer qu'une réduc-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 109, n. 37; Marcadé, I, art. 210 et 211-I, n. 722; Laurent, III, n. 74; Huc, II, n. 218; Planiol, I, n. 684; Fuzier-Herman, art. 211, n. 9. — Turin, 28 nov. 1807, S. chr., II. 2. 303. — *Contra :* Demolombe, IV, n. 60; Vazeille, II, n. 516. — Cpr. Demante, I, n. 293 *bis,* I.

(2) *Nouveau Denizart,* I, v° *Aliments,* § 3, n 18.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 111, n. 44; Demolombe, IV, n. 67; Laurent, III, n. 49; Huc, II, n. 207; Planiol, I, n. 682; Surville, I, n. 252 I.

tion de la pension, s'il n'est survenu qu'une simple diminution, soit dans ses ressources, soit dans les besoins de la personne qui la touche, comme aussi dans le cas où d'autres obligés seraient maintenant en état de supporter leur part dans cette charge (1). Et il peut enfin solliciter la transformation du mode selon lequel il doit acquitter sa dette, soit en se fondant sur les art. 210 et 211 pour obtenir de donner simplement au créancier l'hospitalité dans sa demeure, soit, au contraire, pour être désormais dispensé de l'existence en commun et autorisé à payer la pension en argent (2). Le jugement qui le condamne ne saurait jamais avoir l'autorité définitive de la chose jugée, par cela seul qu'il statue sur une obligation dont le contenu et le mode d'exécution dépendent essentiellement des circonstances.

Mais ce motif même prouve que du moins cette autorité lui appartiendrait en tant que le tribunal voudrait apporter à sa décision une modification qu'il ne justifierait pas par le changement des circonstances. En d'autres termes, il ne serait point autorisé, nous semble-t-il, à élever ou à abaisser le chiffre de la pension, par exemple, sous ce seul prétexte qu'étant donnés les éléments primitivement soumis à son appréciation et qu'il reconnaîtrait n'avoir pas varié, cette pension est ou insuffisante, ou trop forte. Ne serait-ce pas lui permettre de revenir à volonté sur sa décision? Or l'art. 209 ne lui accorde nullement ce droit, et si l'on comprend qu'il doive pouvoir adapter toujours son règlement à ce que comporte la situation actuelle des parties, on ne voit pas comment il dépendrait de lui de le modifier à tout instant, alors que, de son propre aveu, cette situation serait restée exactement la même. Il est vrai qu'il lui suffirait de prétexter de ce changement pour justifier une décision nouvelle. Aussi notre solution ne semble-t-elle guère avoir qu'un intérêt théorique (3).

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 111, n. 42; Planiol, *loc. cit.*; Surville, *loc. cit.* — Colmar, 19 janv. 1824, S., 25. 2. 217, D., 25. 2. 16.

(2) Fuzier-Herman, art. 210, n. 14 s.; art. 211, n. 2 s. — Bruxelles, 4 janv. 1809, S. chr., III. 2. 2. — Cpr. Req. rej., 26 juill. 1843, S., 43. 1. 900, D., 43. 1. 400.

(3) Cpr. Huc, II, n. 206. — Req. rej., 11 avril 1865, S., 66. 1. 238, D., 66. 1. 166.

2100. Il est loisible au créancier, d'autre part, soit de demander une augmentation de sa pension (1), en la justifiant par l'accroissement survenu dans ses besoins ou dans les facultés des obligés, soit de demander une nouvelle répartition des charges de la dette, si certains de ceux qui la supportaient sont devenus insolvables (2), cas auquel les autres, à défaut de solidarité, ne sauraient être tenus *ipso facto* du paiement de leur part contributoire, soit de réclamer la condamnation du débiteur qui y avait échappé faute de ressources, soit enfin de solliciter la transformation en une pension pécuniaire des secours qu'il recevait jusque-là au domicile de l'obligé, si celui-ci est revenu à meilleure fortune. Pour n'avoir pas été explicitement consacrées par la loi, toutes ces solutions n'en sont pas moins certaines et dérivent du caractère nécessairement provisoire des règlements relatifs à cette obligation (3).

2101. Peu importe, d'ailleurs, que ces règlements soient le résultat d'une décision judiciaire, ou bien d'une convention ou transaction intervenue entre les parties (4). Dans le dernier cas comme dans le premier, ils n'en seraient pas moins sujets à toutes les modifications que motivent les changements survenus dans la situation des intéressés. Ceux-ci, en effet, doivent être présumés n'avoir déterminé amiablement l'étendue de l'obligation qu'en considération de l'état de choses existant à l'époque où leur entente s'est produite. Et lors même qu'il serait avéré qu'ils ont voulu la fixer une fois pour toutes, il n'y aurait pas lieu de tenir compte de leur volonté, en tant du moins qu'elle pourrait réduire en fait le créancier à une pension insuffisante. Car il ne saurait pas plus être permis à

(1) Huc, II, n. 208; Planiol, I, n. 682. — Cf. Req. rej., 19 mars 1883, S., 83. 1. 297, rapp. de M. Rivière et note, D., 84. 1. 16. — Bordeaux, 22 mars 1893, D., 93. 2. 342.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 111. — Colmar, 19 janv. 1824, S., 25. 2. 217, D., 25. 2. 16.

(3) Cf. *Disc. au C. d'Etat*, Locré, *Lég.*, IV, p. 392, n. 26.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 111, n. 41 et 43; Demolombe, IV, n. 67; Laurent, III, n. 50; Huc, II, n. 208; Planiol, I, n. 683; Beudant, I, n. 370; Vazeille, II, n. 519 s.; Fuzier-Herman, art. 205, n. 56 s.; art. 208, n. 1 s. — Req. rej., 23 juin 1841, S., 41. 1. 630 s., D., 41. 1. 289. — Douai, 1er févr. 1843, S., 43. 2. 188, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 712. — Pau, 23 juin 1884, D., 85. 2. 248. — Orléans, 3 avril 1889, D., 89. 2. 184. — Req. rej., 15 déc. 1902, S., 1903. 1. 139.

celui-ci de renoncer en partie qu'en totalité (1) à un droit que la loi confère dans des vues d'ordre public : variable dans sa quotité, il doit rester tel, que ce soient les parties, ou le juge à leur défaut, qui en précisent les limites.

2102. Mais, du moins, la convention ou le jugement intervenus doivent-ils faire la loi des parties jusqu'à ce qu'ait été effectivement modifié le règlement qu'ils contiennent. Quelle serait la valeur de ce dernier, si, déjà susceptible d'être changé pour l'avenir, il ne régissait même point le passé?

Dès lors les prestations effectuées en exécution de ce règlement sont acquises à celui qui les a reçues, lors même qu'à cette époque son besoin aurait, ou diminué, ou cessé : la seule possibilité d'obtenir une réduction ou une décharge ne saurait équivaloir, pour le débiteur, à cette réduction ou à cette décharge (2). Inversement, le créancier ne saurait exiger de l'obligé le surcroît d'arrérages qu'il aurait été en droit d'obtenir à compter du jour où il y a eu accroissement dans les facultés de l'un ou dans les besoins de l'autre : ce serait faire abstraction d'un règlement dont la valeur persiste jusqu'à ce qu'il lui en ait été substitué un nouveau (3).

2103. Il résulte du même principe que l'obligé n'a aucune action en répétition des aliments contre celui qui les a reçus, après qu'il est revenu à meilleure fortune : ils sont définitivement acquis à celui-ci, et ne constituent nullement une avance qui lui est faite (4). Et il en résulte pareillement que celui qui les a payés, comme il en était régulièrement tenu, n'a pas non plus d'action de ce genre contre les autres personnes qui, comprises dans le cercle de celles auxquelles peut incomber l'obligation alimentaire, n'étaient pourtant pas en mesure de l'acquitter : car il n'y avait réellement alors de dette qu'à sa charge (5).

2104. Il semblerait enfin que, par une dernière consé-

(1) Bordeaux, 26 juill. 1855, S., 57. 2. 111, D., 59. 5. 24.

(2) Cpr. Demante, I, n. 292 *bis*, I; Huc, II, n. 209.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 111 et 112, n. 45.

(4) Demolombe, IV, n. 72; Laurent, III, n. 79; Huc, II, n. 209. — Nancy, 14 juil. 1875, D., 79. 5. 15. — Cpr. Rennes, 9 nov. 1878, S., 79. 2. 181, D., 79. 2. 32.

(5) Demolombe, IV, n. 73.

quence du principe, le créancier dût toujours être admis à exiger de l'obligé les termes arriérés de sa pension, eût-il trouvé le moyen de vivre sans eux et sans recourir au crédit, et qu'après sa mort ses héritiers pussent également réclamer les prestations en retard. Et néanmoins la doctrine s'accorde en général avec la jurisprudence pour décider que, en règle, les pensions alimentaires dues en vertu de la loi n'arréragent pas (1). Ce n'est que tout autant que le créancier a dû faire des dettes pour pourvoir à sa subsistance, et que son défaut de réclamation s'explique par les circonstances, qu'elles lui reconnaissent le droit d'exiger « le paiement de ces dettes dans les limites de la pension alimentaire ». Mais, pour être communément admise, cette opinion n'est pas moins difficile à justifier.

Dit-on en sa faveur que l'événement même a prouvé que le créancier « n'était pas dans le besoin et que par conséquent la dette alimentaire de l'obligé n'avait pas de cause »? Mais, d'abord, il se pourrait fort bien que ce ne fût qu'en s'imposant les plus dures privations et en se condamnant à un genre d'existence que le juge n'avait pas cru pourtant pouvoir lui imposer, que la personne qui avait droit aux aliments eût trouvé le moyen de s'en passer. En pareille circonstance, il serait souverainement faux de prétendre que le besoin n'existait pas. La vérité serait que, les besoins étant presque indéfiniment compressibles, le créancier aurait, par un légitime sentiment de fierté, préféré se réduire à presque rien que d'exiger de force une assistance qu'il y avait impiété à lui refuser. En droit, du reste, la diminution ou la disparition du besoin n'infirme en rien la force du règlement, amiable ou judiciaire, intervenu entre les intéressés : elle permet seulement d'en réclamer la modification pour l'avenir. Pourquoi donc le débiteur qui, avant d'obtenir cette modification, et peut-être sans songer à se donner la peine de la demander, suspend le paiement de la pension, de son auto-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 112, n. 46; Demolombe, IV, n. 41 et 71. — Paris, 1er décembre 1832, S., 34. 2. 47, D., 33. 2. 196. — Bordeaux, 13 août 1872, D., 73. 2. 120. — Caen, 27 janv. 1874, D., 76. 2. 53. — Cpr. Civ. rej., 3 avril 1883, S., 84. 1. 71, D., 83. 1. 335.

rité privée, serait-il mieux traité que celui qui la continuerait fidèlement et ponctuellement en cette occurrence, et qui n'a aucune répétition à exercer? Serait-ce pour exciter ainsi les obligés à se mettre en retard, dans le secret espoir qu'ils seront déchargés par les événements d'une partie de leur dette, et pour donner une prime à une mauvaise volonté qui n'est jamais plus coupable que lorsqu'il s'agit de l'exécution de l'obligation alimentaire?

Très logiquement, d'ailleurs, l'un des partisans de cette opinion, M. Demolombe, supposant qu'il échoit une riche succession à la personne qui allait réclamer à l'obligé le montant des engagements qu'elle avait dû, faute de paiement de la pension, prendre envers les tiers pour pourvoir à sa subsistance, lui refuse le droit d'agir. Or, par hypothèse, elle justifiait de son besoin pour le passé, puisqu'elle avait dû vivre à crédit! — Mais « pourquoi donc, demande cet auteur, la dette ne s'éteindrait-elle pas comme elle prend naissance, avec la nécessité qui seule est sa cause »? Parce que, faut-il répondre, lorsqu'elle a été l'objet d'un règlement entre les parties, ce règlement, qui, s'il ne crée pas l'obligation, en impose seul en principe l'exécution à celui qui en est tenu, doit, par une juste compensation, conserver toute sa force jusqu'à ce qu'il ait été régulièrement modifié. Et l'on ne voit pas pourquoi cette règle, dont l'art. 209 constitue l'application manifeste, souffrirait une unique exception, dont les conséquences pratiques seraient précisément des moins recommandables (1).

2105. Au surplus, et cette remarque est essentielle, les règles qui viennent d'être posées relativement à la variabilité de la dette alimentaire ne sont applicables qu'à celle qui dérive de la loi: elles ne le sont pas à l'obligation de fournir des aliments qui résulterait d'une convention, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit (2), c'est-à-dire d'une convention

(1) Huc, II, n. 209 et 220. — Civ. cass., 8 juill. 1857, S., 57. 1. 809, D., 57. 1. 351. — Trib. Seine, 30 avril 1887, *Pand. franç.*, 88. 2. 215.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 111, n. 44; Demolombe, IV, n. 70; Laurent, III, n. 51; Huc, II, n. 208. — Req. rej., 25 janv. 1842, S., 42. 1. 982, D., 42. 1. 385. — Cpr. Planiol, I, n. 683.

qui n'aurait pas seulement pour objet de régler l'étendue et le mode d'exécution de l'obligation légale. Celle-là participe en effet, naturellement, du caractère d'immutabilité et d'irrévocabilité des contrats et fait la loi invariable des parties (art. 1134). Notamment les sûretés qui garantissent la promesse du débiteur sont opposables à ses créanciers (1), sauf à eux à faire tomber la promesse elle-même, le quantum de la pension reste fixe, quelques modifications qu'il survienne dans la position respective des parties (2), et enfin les arrérages en retard sont exigibles, sans contestation possible, par le créancier auquel ils restent dus.

2106. Quant à distinguer l'obligation alimentaire purement légale de celle qui ne l'est pas, si rien n'est plus aisé lorsque la convention l'impose à une personne qui n'en est point tenue d'après la loi, rien n'est plus délicat lorsqu'elle la met à la charge de celle qui en était grevée déjà légalement. Il ne saurait suffire évidemment que l'obligation fasse l'objet d'un règlement entre les parties, pour qu'elle cesse d'être légale, c'est-à-dire d'être soumise aux règles précédentes. Pour savoir dès lors si elle doit ou non y être assujettie et déterminer son véritable caractère, il faut rechercher si les parties ont simplement entendu rendre inutile, par leurs stipulations, l'intervention du juge, et si le débiteur a seulement voulu acquitter sa dette à l'amiable, ou si, au contraire, elles ont entendu donner naissance, par un acte de leur volonté, à une obligation, analogue par son résultat, mais différente par son origine, et assumée par le débiteur, soit dans un pur esprit de libéralité, soit comme un effet d'une convention à titre onéreux. Or les circonstances du fait peuvent évidemment seules révéler, à cet égard, leur intention réelle (3).

IV. *Caractères généraux des pensions alimentaires.*

2107. L'objet même de l'obligation alimentaire a fait admettre quelques exceptions de faveur à des principes

(1) Paris, 14 mai 1828, S., 29. 2. 351, D., 30. 2. 108.

(2) Bordeaux, 29 août 1837, S., 38. 2. 475, D., 39. 2. 189. — Req. rej., 25 janv. 1842, précité.

(3) Demolombe, IV, n. 70.

généraux qui auraient pu empêcher qu'il fût atteint (1).

C'est ainsi que le principe de l'inaliénabilité du fonds dotal fléchit, en dehors même de toute stipulation des parties, lorsque ce fonds doit être aliéné « pour fournir des aliments à la famille dans les cas prévus par les art. 203, 205 et 206, au titre *Du mariage* » (art. 1558, 3e al.).

C'est ainsi encore que le principe de l'insaisissabilité des pensions de retraite ou de réforme est plus ou moins entamé lorsque le pensionné doit des aliments, et que les personnes auxquelles ls sont dus sont autorisées, soit à faire une saisie, soit à demander qu'on lui fasse subir une retenue, pour une proportion qui est déterminée, suivant les cas, par des textes spéciaux (2). Pareillement, aux termes de l'art. 3 de la loi du 12 janvier 1895, l'insaisissabilité des salaires et petits traitements des ouvriers ou employés, jusqu'à concurrence au moins des 9/10, cesse quand la saisie est faite « pour le paiement des dettes alimentaires prévues par les art. 203, 205, 206, 207, 214 et 349 C. civ. » (3).

2108. C'est ainsi enfin que les pensions alimentaires sont, contrairement au principe de l'art. 2092, déclarées insaisissables par l'art. 581 C. pr., tant lorsqu'elles ne sont dues qu'en vertu de la loi que lorsqu'elles le sont en vertu d'un simple acte à titre gratuit. Elles rentrent évidemment, au premier cas, dans l'expression de « provisions alimentaires » qu'emploie le deuxième alinéa de cette disposition. Par une suite de cette insaisissabilité, elles ne sont pas non plus susceptibles de compensation légale (art. 1293, 3°) (4).

(1) Dans cet ordre d'idées, il faut citer le curieux jugement rendu par le tribunal de simple police d'Alger (D., 1905. 5. 36), aux termes duquel un estropié des deux jambes qui mendie ne commet pas le délit de mendicité, s'il a à sa charge sa mère âgée et infirme. En mendiant, dit ce jugement, il acquitte son obligation alimentaire. S'il était entré dans un dépôt de mendicité, il aurait dû abandonner sa mère.

(2) Loi du 11 avril 1831, art. 28; loi du 18 avril 1831, art. 30; loi du 19 mai 1834, art. 20; loi du 9 juin 1853, art. 26. — Cpr. Civ. cass., 28 nov. 1900, D., 1901. 1. 291, et Trib. Dieppe, 18 mars 1902, D., 1904. 2. 225.

(3) Cf. cep. Trib. paix Paris, 16 déc. 1898, D., 1900. 2. 217 et 225.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 8, n. 3; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 112, n. 47; Demolombe, IV, n. 78; Duranton, II, n. 426 et 427; Valette sur Proudhon, I, p. 450, note *a*; Huc, II, n. 223; Planiol, I, n. 688; Surville, I, n. 252; Fuzier-

Toutefois elles deviennent saisissables, et par suite sujettes à compensation légale, aux termes de l'art. 582 C. pr., « pour cause d'aliments », lorsqu'elles ont été adjugées par justice. Les arrérages en sont donc susceptibles d'être saisis à la requête de ceux qui ont fait à leur titulaire des fournitures pour sa subsistance. Mais faut-il que ces fournitures lui aient été faites postérieurement à l'époque où la pension lui a été allouée? Il le semble bien, quoique le contraire ait été décidé, sans quoi cette pension, qui doit suffire à des besoins futurs, pourrait être complètement absorbée par les dettes nées des besoins passés. On sait déjà, au reste, qu'il se peut que ces dettes soient elles-mêmes mises à la charge de la personne à laquelle incombe l'obligation alimentaire.

2109. Mais les pensions dues en vertu de l'obligation légale (1) sont-elles, non seulement insaisissables, mais encore incessibles?

On s'accorde à reconnaître qu'il est au pouvoir du titulaire de céder une certaine portion des arrérages à échoir à ses fournisseurs, pour les payer des subsistances qu'ils lui ont procurées (2). On ne saurait exiger, en effet, qu'il ne paie absolument qu'au comptant les fournitures qui lui sont faites. Et du reste il appartiendrait au juge de prendre les mesures que comporterait la situation, si le titulaire mésusait de ce droit de délégation, soit en modifiant les termes auxquels les arrérages doivent lui être servis, soit même en méconnaissant la validité des cessions qui auraient eu pour objet de lui procurer la satisfaction de besoins auxquels la pension ne devait pas faire face. Cette faculté n'offre donc aucun danger, puisque la cession ne peut valoir que dans la mesure où elle a été réellement effectuée pour cause d'aliments.

2110. Mais le titulaire peut-il céder en bloc tous les arrérages à échoir, c'est-à-dire son droit même aux aliments? La

Herman, art. 205, n. 25 s. — Cpr. Colmar, 29 avril 1863, S., 63. 2. 103, D., 63. 5. 333. — Bordeaux, 17 mars 1891, D., 91. 2. 179.

(1) Pour ce qui est des aliments dus en vertu d'un acte de libéralité, et non de la loi, ce n'est pas le lieu ici d'examiner cette question.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 112, n. 48, et IV, § 359, p. 423 et 424, n. 18 et 19; Demolombe, IV, n. 78; Huc, II, n. 222. — Pau, 15 avril 1861, S., 62. 2. 228, D., 62. 2. 14.

jurisprudence se montre sur ce point incertaine, et la doctrine partage aujourd'hui ses hésitations, après avoir, autrefois, généralement professé la négative. Nous estimons, avec MM. Aubry et Rau, dont il faut reproduire l'excellente formule, que cette cession est prohibée « en ce sens qu'elle tendrait à neutraliser les résultats qu'a voulu obtenir le législateur », c'est-à-dire qu'elle serait contraire à l'objet même de l'obligation alimentaire (1). Cette solution n'est qu'une application particulière de l'opinion plus générale que professent ces savants auteurs, et qui nous paraît vraie, sur la question de savoir à quels signes peut se reconnaître l'incessibilité d'un droit, lorsqu'elle n'a pas été formellement exprimée par la loi.

S'il faut, avec eux, s'attacher, non à l'insaisissabilité de ce droit ou à la prohibition de compromettre à son sujet, lesquelles n'impliquent pas nécessairement en effet qu'il ne puisse être cédé, mais « à sa nature et à ses caractères, au but dans lequel il a été établi, aux conditions de son exercice et à l'analogie qu'il peut présenter avec d'autres droits, dont la loi aurait expressément autorisé ou interdit la cession », tout concourt à prouver que le droit aux aliments est incessible. Ce n'est pas, comme l'avance M. Demolombe, parce qu' « il est inhérent à une qualité intransmissible », car on comprendrait fort bien que, quoiqu'il en fût ainsi de la qualité, l'émolument du droit pût être transmis à des tiers qui ne feraient que le recueillir à la place et au nom de celui auquel le droit appartient. Ce n'est pas non plus parce que, comme le dit le même auteur, ce droit « dérive de devoirs tout personnels », car son caractère en la personne du débiteur ne saurait influer sur celui qu'il doit revêtir en la personne du créancier.

Mais d'abord, si jamais droit a dû être considéré comme

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, IV, n. 78; Planiol, I, n. 689; Duvergier, *De la vente*, I, n. 214. — Pau, 15 avril 1861, précité. — Paris, 11 mai 1892, D., 92. 2. 339. — *Contra :* Troplong, *De la vente*, I, n. 227, et *Des transact.*, n. 96; Huc, II, n. 222. — Civ. rej., 31 mai 1826, S., 26. 1. 447, D., 26. 1. 292. — Req. rej., 1er avril 1844, S., 44. 1. 469, D., 44. 1. 153. — Req. rej., 13 juill. 1875, S., 75. 1. 346. — Bordeaux, 17 mars 1891, D., 91. 2. 179. — Cpr. Duranton, XVI, n. 165; Fuzier-Herman, art. 205, n. 28 s.

personnel, c'est assurément celui qui a pour objet de permettre à qui le possède de subvenir aux besoins de son existence, de telle sorte que l'objet de ce droit cesse, à la vérité, d'être le sien dès qu'il est exercé par une tierce personne. Puis, pour que son but fût plus sûrement atteint, la loi a conféré au juge le pouvoir discrétionnaire de fixer, au mieux des circonstances, les échéances auxquelles les différents termes de la pension sont payables. Mais ne serait-ce pas rendre ce pouvoir tout à fait illusoire, que d'autoriser le créancier à avancer de son autorité privée, et par des actes de cession, ces échéances, et par là à percevoir, même tout de suite et d'un seul coup, sous la forme d'un capital une fois payé, tout le montant de son droit? La cessibilité de celui-ci déjouerait toutes les précautions prises en faveur de celui auquel il appartient et rendrait possibles de sa part tous les actes de dissipation et d'imprévoyance. Aussi la loi a-t-elle expressément défendu, en principe, de céder notamment toutes les pensions militaires ou civiles (1), et nombre d'autres droits qui, par leur caractère et leur objet, leur ressemblent, dans des dispositions qui offrent à notre thèse le plus puissant des arguments d'analogie (2). Qu'arriverait-il, du reste, si le cédant se retrouvait de nouveau dans le besoin, après avoir dépensé le prix de la cession? Faudrait-il autoriser le débiteur à refuser les arrérages de la pension au cessionnaire? Mais ce serait la méconnaissance même de l'acte qu'on déclare licite! Serait-il donc exposé à une nouvelle demande de son parent ou allié, puisque la première pension lui est devenue inutile? Pas davantage, car il ne saurait être tenu de payer deux fois. Mais alors l'obligation alimentaire ne remplirait plus son but, puisqu'il dépendrait du créancier d'en gaspiller irrémédiablement le bénéfice.

On a objecté (3), à la vérité, qu' « il ne faut pas enlever au créancier qu'on a la prétention de protéger, la possibilité de se soustraire, par une cession, aux risques de l'insolvabilité

(1) Cf. notamment loi du 11 avril 1831, art. 28; loi du 18 avril 1831, art. 30; loi du 19 mai 1834, art. 20; loi du 9 juin 1853, art. 26. — Cf. Bavelier, *Traité des pensions*, Paris, 1886, I, n. 112 s., et II, n 301 et 316 s.

(2) Loi du 20 juill. 1886, art. 8; loi du 9 avril 1898, art. 3.

(3) Huc, *loc. cit.*

du débiteur », et de consolider son droit à l'aide des combinaisons diverses que lui offre l'assurance. Mais cette objection, qui s'inspire des vues pratiques les plus raisonnables, ne saurait porter contre l'opinion que nous partageons, et qui prohibe seulement les actes de cession de nature « à neutraliser les résultats » que le législateur a voulu atteindre. Car, loin de les neutraliser, l'assurance est susceptible de les fortifier tout au contraire, en les mettant à l'abri des risques auxquels ils sont exposés. Il doit dépendre du juge, en définitive, de maintenir la cession du droit aux aliments ou de l'annuler, tout comme il peut le faire certainement en ce qui touche les cessions d'arrérages à échoir, suivant que, par ses caractères, cette cession doit avoir pour effet de garantir ou de compromettre l'exécution de l'obligation alimentaire et le secours que le créancier en attend.

2111. Il faut noter enfin que, par une extension de leur compétence ordinaire, les juges de paix connaissent, à charge d'appel aux termes de l'art. 7-1° de la loi du 12 juillet 1905, « des demandes en pension alimentaire n'excédant pas en totalité 600 francs par an, fondées sur les art. 205, 206 et 207 du Code civil » (1), ce qui comprend certainement la demande dirigée par le conjoint survivant contre la succession du prédécédé, puisque son droit est consacré par l'art. 205 (2). — « S'il y a plusieurs défendeurs à la demande, ajoute l'art. 7-1° de la loi du 12 juillet 1905, ils pourront être cités devant le tribunal de paix du domicile de l'un d'eux, au choix du demandeur. »

SECTION III

DES EFFETS GÉNÉRAUX DU MARIAGE DANS LES RAPPORTS DES ÉPOUX ENTRE EUX OU AVEC LEURS FAMILLES, ET DES DROITS ET DES DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX.

2112. Les droits et les obligations qu'engendre le mariage dans les rapports respectifs des époux sont, les uns communs

(1) *Contra*, si la demande n'est pas fondée sur les art. 205, 206 et 207, Trib. paix Trouville, 1er février 1906, D., 1906. 5. 34.

(2) Planiol, I, n. 677.

au mari et à la femme, les autres particuliers à l'un ou à l'autre. On comprend en effet que, si leur situation doit être à certains égards absolument identique, étant donnés le caractère et l'objet de l'union légitime, elle soit susceptible à d'autres d'être différente, à raison de la différence des sexes et surtout de la nécessité d'assurer la fermeté et l'unité de vues dans la direction des intérêts de tout ordre de la famille.

Mais le mariage produit d'ailleurs, soit dans leurs rapports réciproques, soit dans les rapports de chacun d'eux avec la famille de l'autre, des effets généraux qu'il convient d'abord de déterminer.

§ 1. *Des effets généraux du mariage.*

2113. Moralement unis par le lien le plus étroit qui puisse exister entre deux êtres, *duo in carne una,* le mariage établit dans nos mœurs entre les époux la plus parfaite communauté d'existence, *consortium omnis vitae,* et la loi la consacre d'ordinaire, tout en les autorisant à conserver distincts certains intérêts, notamment leurs intérêts pécuniaires (1). Il semble cependant qu'il lui ait paru inutile de marquer jusqu'à quel point était profonde une association si naturelle, et qu'elle ait voulu laisser à la conscience collective le soin d'en déterminer les effets. Implicitement presque toujours, elle en a ratifié les décisions quant à la mesure dans laquelle le mari communique à la femme sa situation sociale. Et en n'organisant pas dans notre droit d'union inférieure, semblable au mariage morganatique institué chez certains peuples, elle a montré assez qu'elle tenait cette égalité de condition comme aussi nécessaire qu'elle est légitime (2). Mais, comme elle n'a pas précisé les limites de cette communauté, on a pu se demander parfois si elle avait entendu légaliser les usages qui la poussaient le plus loin.

2114. En vertu de l'un d'eux, qui est presque universel,

(1) Cpr. Demolombe, IV, n. 111; Beudant, I, n. 300 et 301.
(2) Planiol, I, n. 890.

la femme laisse son nom de famille pour prendre celui de son mari, ou elle les joint l'un à l'autre. Cette coutume est-elle régulière? On ne s'est posé en droit la question que depuis le rétablissement du divorce, parce qu'on a dû rechercher alors si l'épouse pouvait continuer, après la dissolution du mariage par cette cause, à porter le nom de son conjoint, contre la volonté de celui-ci. Mais il est remarquable qu'en pratique, dans les actes officiels, judiciaires ou extra-judiciaires, l'usage s'est toujours maintenu de désigner la femme sous son nom patronymique et d'ajouter seulement sa qualité d'épouse de tel homme, à titre d'indication complémentaire de son individualité civile. Et, à tout considérer, il semble que cette pratique soit plus conforme à la loi que la coutume mondaine, car la personnalité de la femme ne semble pas devoir s'absorber à ce point, dans une société fondée sur la base de l'égalité, qu'elle doive y perdre son propre nom, pour ne plus être connue juridiquement que sous celui de son conjoint. Que le mari puisse être « le chef responsable de l'association conjugale », que dans les relations civiles son nom lui serve de « raison sociale », cela n'implique nullement, quoi qu'on ait dit, qu'en droit les deux associés doivent le porter. Cet effet s'impose-t-il, d'autre part, comme une nécessité en dehors de laquelle on ne saurait plus quel nom devraient prendre les enfants? On ne le voit pas davantage, car il va de soi que, dans une législation où le père a sur eux l'autorité et où, en principe, il leur communique notamment sa nationalité, il doit également leur communiquer son nom. La situation n'est-elle pas, au reste, différente, entre ces membres de la nouvelle famille qui se constitue, et qu'il est naturel de désigner sous le nom de son chef, et celle de l'épouse, qui conserve, après tout, l'état civil qu'elle avait avant de se marier? Vainement objecterait-on la force de l'usage, puisqu'il ne fait pas la loi dans notre législation, et que d'ailleurs, dans ses rapports juridiques, la femme a précisément, en fait, toujours gardé son nom. Et quant à la loi du 6 février 1893, si elle a spécifié, dans le nouvel art. 299, que, « par l'effet du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom », elle a voulu par là empêcher que la femme pût con-

tinuer, sous aucun prétexte et en invoquant la coutume, à conserver celui de son mari (1).

2114 *bis*. Inversement, il arrive parfois que le mari joint à son nom celui de sa femme. La loi du 6 février 1893 démontre implicitement que cet usage est licite, mais ce n'est qu'un usage. Le nom du mari demeure juridiquement tel qu'il était avant son mariage, et la modification qu'il lui a fait subir ne saurait se transmettre aux enfants (2).

2115. La relation civile que crée le mariage entre les époux, si étroite que cette qualité d'époux exclut celle d'allié en leur personne (3), engendre une autre relation entre chacun d'eux et les parents de l'autre, l'affinité ou l'alliance, à laquelle la loi a attaché expressément certains effets, sans en donner la définition, sans en constater l'origine, et sans en indiquer davantage les causes d'extinction (4).

2116. Tandis que les liens de parenté résultent simplement de la filiation, les rapports d'alliance ne procèdent, selon nous, que du mariage (5). Notre droit actuel ne connaît plus cette affinité naturelle qui naissait, en droit canonique, du commerce de deux personnes, que ce commerce empruntât ou non à un mariage nul les apparences de la légitimité. Et en tout cas elle ne saurait produire, de l'aveu général (6), aucun effet civil, en dehors de l'empêchement à mariage que certains en font dériver.

2117. Ce n'est point à dire que l'affinité ne puisse être naturelle en un certain sens. Car, comme elle établit un lien entre chacun des conjoints et les parents de l'autre, elle en fait aussi l'allié de ses parents naturels (7).

2118. Mais elle ne paraît pas pouvoir, au contraire, en

(1) Planiol, I, n. 390 et s.; Surville, I, n. 84-I. — *Contra :* Beudant, I, n. 301. — Cpr. Demolombe, IV, n. 111.

(2) Planiol, I, n. 393.

(3) Aubry et Rau, I, § 68, p. 228, n. 1; Demolombe, III, n. 110. — *Contra :* Proudhon, I, p. 360.

(4) Cpr. Beudant, I, n. 301.

(5) Cf. *supra*, n. 1546. — *Contra :* Aubry et Rau, I, § 67, p. 226, n. 10.

(6) Aubry et Rau, *loc. cit.*

(7) Aubry et Rau, I, § 67, p. 226, n. 9; Planiol, I, n. 656; Surville, I, n. 251. — Crim. cass., 6 avril 1809, S., 09. 1. 136. — Paris, 18 mars 1850, S., 50. 2. 593.

créer de semblable entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, ou l'adoptant et le conjoint de l'adopté, à raison des effets limités de l'adoption, qui se concentrent dans les relations des deux intéressés et ne s'étendent pas jusqu'à leurs familles respectives (1). Vainement se prévaudrait-on en sens opposé des prohibitions de l'art. 348, qui sont fondées sur de simples motifs d'honnêteté publique, ainsi qu'en font foi les travaux préparatoires (2).

2119. D'autre part, l'alliance n'engendre de rapports qu'entre chaque époux et les parents de l'autre. Ainsi les parents de l'un ne deviennent pas les alliés des parents de l'autre, pas plus que ses alliés ne deviennent les alliés de son conjoint, qu'ils soient devenus les siens par un premier mariage ou par le mariage d'un de ses propres parents. Toutes ces décisions, exprimées dans les anciennes formules « *affinitas non egreditur ex persona* », « *affines inter se non sunt affines* », « *affinitas affinitatem non generat* », pour être contraires à celles qui étaient reçues en droit canon, où il existait une alliance « *secundi vel tertii generis* », n'en sont pas moins certaines. On ne saurait conclure, de ce que la loi ait cru parfois devoir attacher quelques effets (3) aux relations sociales que créent les mariages entre familles différentes, qu'elle ait considéré leurs membres comme alliés les uns aux autres (4).

2120. « Image affaiblie de la parenté », suivant l'expression de M. Demolombe, née d'une union qui fait entrer chaque époux dans la famille de l'autre, l'alliance lui fait occuper, comme allié, la même place que son conjoint y occupe comme parent. C'est dire que la proximité de l'alliance se détermine

(1) Aubry et Rau, VI, § 560, p. 136, n. 8; Demolombe, III, n. 116, et VI, n. 137; Demante, II, n. 83. — *Contra :* Planiol, I, n. 656. — Civ. cass., 30 nov. 1842, S., 42. 1. 916. — Civ. cass., 17 déc. 1845, S., 45. 1. 115, D., 45. 1. 10. — Cpr. Toulouse, 25 avril 1844, D., 45. 2. 103.

(2) Berlier, *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, VI, p. 610, n. 15.

(3) Cf. art. 378-2° C. pr.

(4) Aubry et Rau, I, § 67, p. 226, n. 6 8; Demolombe, III, n. 115; Huc, n. 58; Planiol, I, n. 652. — Crim. cass., 5 prairial an XIII, S. chr., II. 1. 117, D., *Rép.*, v° *Parenté*, n. 15. — Pau, 9 nov. 1831, S., 32. 2. 385, D., *Rép.*, v° *cit.*, n. 23.

comme celle de la parenté elle-même, et qu'elle emprunte à celle-ci sa ligne et son degré (1).

2121. Le lien de l'alliance n'est pas d'ailleurs rompu, selon nous, par la mort de l'un des époux, lors même qu'il n'existe pas d'enfants du mariage dissous et que le conjoint survivant se remarie. C'est tout au plus si, dans ces circonstances, l'affinité cesse de produire certains de ses effets (2). Il semble toutefois qu'elle ne puisse plus naître entre le conjoint survivant et les personnes appartenant à la famille du prédécédé qui ne seraient conçues que postérieurement à la dissolution du mariage, puisqu'elles n'ont pas été elles-mêmes les parents de ce dernier (3).

2122. Quant à ses effets, analogues à ceux de la parenté, ils sont plus restreints d'ordinaire, parce que le lien et l'affection réciproque sont naturellement moins forts entre alliés qu'entre parents. C'est ainsi que, si l'affinité et la parenté sont plus ou moins complètement assimilées sous le rapport des empêchements à mariage, de la tutelle, de l'obligation alimentaire, de la récusation des juges, du reproche des témoins ou des experts, de l'exercice de certaines fonctions publiques, et même des présomptions d'interposition de personnes, l'alliance ne confère jamais le droit de succéder, ni les droits relatifs à la puissance paternelle, et elle n'autorise pas davantage à exercer certains de ceux qui sont relatifs à l'état ou à la capacité des personnes, notamment au mariage, à l'interdiction ou à la nomination d'un conseil judiciaire (4).

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 227; Demolombe, III, n. 110; Planiol, I, n. 654; Surville, I, n. 249.

(2) Cf. *supra*, n. 1514 — Req. rej., 4 nov. 1868, S., 69. 1. 18. — Bordeaux, 23 févr. 1881, S., 82. 2. 106. — Dijon, 26 déc. 1888, et 30 janv. 1889, S., 89. 2. 32. — Trib. Béthune, 11 août 1892, D., 94. 2. 52. — Trib. Montdidier, 10 nov. 1892, sous C. d'Et., D., 94. 3. 67. — Orléans, 15 nov. 1893, D., 94. 2. 113, et note. — Cpr. Cons. d'Etat, 28 déc. 1901, S., 1904. 3. 133. — *Contra :* Crim. rej., 11 avril 1822, D., *Rép*, v° *Parenté*, n. 16 — Trib. Bayeux, 3 avril 1867, D., 67. 3. 54, et note. — Cpr. Beudant, I, n. 301.

(3) Demolombe, III, n. 114; Huc, II, n. 58.

(4) Cpr. Aubry et Rau, I, § 68, p. 228 s.; Demolombe, III, n. 111; Planiol, I, n. 655; Surville, I, n. 250.

II. *Des droits et des devoirs communs aux deux époux.*

2123. « *Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance* » (art. 212). Devant confondre deux existences en une seule, au point de vue moral comme sous le rapport matériel, le mariage doit faire naître, à la charge de chacun des époux, les devoirs de fidélité, d'assistance et de secours (1).

2124. I. *Devoir de fidélité.* — L'union légitime perdrait tout caractère moral si elle n'imposait pas, avant tout, à chaque époux, l'obligation stricte de s'abstenir de tout ce qui serait de nature à susciter la jalousie de l'autre, à porter atteinte aux droits qu'elle lui confère sur sa personne, et à faire cesser cet accord des âmes et cette confiance mutuelle sans lesquels il ne saurait y avoir ni cohésion, ni avenir pour la famille. Aussi la loi a-t-elle attaché à l'adultère, la plus grave des violations de ce devoir, une double sanction, une sanction civile, qui consiste en ce qu'il constitue une cause péremptoire de divorce ou de séparation de corps, et une sanction pénale, qu'édictent les art. 337 et 339 du code pénal, aux termes desquels l'époux coupable peut être puni, suivant les cas, des peines correctionnelles de l'amende ou de l'emprisonnement. Et il est également certain que les faits qui, sans être empreints de ce caractère de gravité, impliqueraient, de la part de l'un des conjoints, la méconnaissance sérieuse de ses devoirs, seraient susceptibles d'être considérés comme une injure grave, autorisant la rupture ou le relâchement du lien conjugal.

Mais, si les époux sont tous deux astreints au respect de la

(1) L'un des membres de la Commission de revision du Code civil a proposé de faire figurer l'amour parmi les obligations réciproques des conjoints. Si l'on entend par là ce qu'il serait plus exact d'appeler le devoir conjugal, l'obligation existe déjà, quoique la loi n'en parle pas. Elle est de tradition dans notre droit, qui l'a empruntée au droit canonique (cf. notamment saint Thomas d'Aquin, Somme théologique, *Supp. tertiæ partis, quæstio* 74), et les tribunaux ont souvent motivé leurs décisions de divorce ou de séparation de corps par une violation injustifiée de cette obligation, relevée à la charge de l'un des époux. — Sur la question de savoir si l'inexécution des obligations nées du mariage et, en particulier, l'abstention du devoir conjugal autorise une condamnation à des dommages-intérêts, cf. Perreau, *Rev. crit.*, 1902, p. 423, et les références qu'il cite.

foi jurée, le Code pénal se montre, encore aujourd'hui, plus indulgent pour le mari qui la viole que pour la femme, et le Code civil était également moins sévère. D'une part, en effet, l'adultère du mari n'est punissable que d'une amende et tout autant qu'il a « entretenu une concubine dans la maison conjugale » (1), sa complice échappe à toute pénalité, et enfin le meurtre commis par l'épouse sur son époux, qu'elle a surpris en flagrant délit à son domicile, n'est pas excusable comme celui que commet, dans le même cas, le mari sur sa femme (art. 324, 2e al., 337 à 339 C. pén.). D'autre part, antérieurement à la loi du 27 juillet 1884, la séparation de corps, comme le divorce tant qu'il subsista, ne pouvait être demandée par l'épouse pour cause d'adultère du mari que tout autant qu'il avait « tenu sa concubine dans la maison commune » (Anc. art. 230 C. civ.) Cette inégalité de traitement, qui, depuis le rétablissement du divorce par la loi précitée, a cessé au point de vue civil, s'expliquait par cette considération que l'adultère de la femme peut ruiner plus profondément la constitution de la famille, en y introduisant des enfants qui viennent usurper les attributs de la légitimité et imposer au mari les charges d'une paternité étrangère. Elle s'inspirait aussi manifestement de l'état général des mœurs et de l'opinion publique, qui, même à présent, réserve toutes ses sévérités pour la femme et toute son indulgence pour ce qu'elle appelle, d'un mot qui est déjà une excuse, les « faiblesses » du mari. Ceux qui ont de la morale une notion plus rigoureuse et qui se font du mariage une conception plus élevée ne sauraient trouver mauvais que la loi civile, faisant abstraction des conséquences possibles de leur infidélité, ait conféré aux époux des droits réellement égaux, et qu'elle ait ainsi devancé l'esprit public en donnant aux susceptibilités de la femme, d'autant plus légitimes qu'elle est, elle, froissée dans son affection plus encore que dans son amour-propre, les mêmes satisfactions qu'elle a accordées à celles du mari (2).

(1) Cf. Toulouse, 22 févr. 1900, S., 1903. 2. 133, D., 1904. 2. 15.
(2) Cpr. Planiol, I, n. 898 s.; Beudant, I, n. 306 s.

2125. II. *Devoir d'assistance.* — Ce devoir s'analyse, pour chaque époux, dans l'obligation de prodiguer à son conjoint, le cas échéant, ces soins moraux ou physiques qui lui apportent le réconfort dans les temps d'épreuves et l'aident à triompher des soucis ou des maux qui l'affligent. Loin de diminuer, il ne saurait jamais être plus impérieux que lorsque la gravité de la maladie rend ces soins, que rien ne remplace lorsque l'affection les inspire, plus particulièrement désirables (1). Et si la loi est impuissante, sous ce rapport, à saisir tous les écarts de conduite des conjoints, ils sont susceptibles cependant de devenir une cause de divorce ou de séparation de corps, lorsqu'ils sont suffisamment caractérisés pour constituer une injure grave (2).

2126. III. *Devoir de secours* (3). — Sous un autre nom, c'est incontestablement l'obligation alimentaire que la loi a établie entre époux, car le secours consiste dans la prestation, en nature ou en argent, des choses nécessaires à la vie. Et ce devoir, qui les lie de leur vivant l'un envers l'autre, lie, après la mort de l'un d'eux, sa succession vis-à-vis du survivant.

N° 1. Du devoir de secours du vivant des deux époux.

2127. A Rome, cette obligation incomba naturellement au mari envers la femme *in manu,* et par conséquent *in loco filiæ*, à compter du jour où on la fit naître entre ascendants et descendants, et elle naquit même entre eux avec un caractère de réciprocité que l'absence de biens des personnes *in potestate* dut rendre illusoire à l'égard du mari. Mais, lorsque la *manus* fut tombée en désuétude et que l'égalité de situation de ceux qu'unissaient les *justæ nuptiæ* eut été reconnue, rien ne s'opposa plus à ce que l'homme pût se prévaloir effectivement de cette obligation à l'égard de l'épouse, dont

(1) Cpr. Trib. Marseille, 21 fév. 1902, D., 1902. 2. 198. — Req. rej., 4 mars 1902, S., 1902. 1. 388, D., 1902. 1. 192. — Cette considération devrait conduire, semble-t-il, à faire repousser les diverses propositions de loi qui ont été formulées, en vue d'ériger l'aliénation mentale de l'un des époux en cause de divorce ou de séparation de corps.

(2) Cpr. Demolombe, IV, n. 85; Demante, I, n. 295 *bis*, I; Laurent, III, n. 85; Huc, II, n. 231; Planiol, I, n. 918; Beudant, I, n. 311.

(3) Rimbeaud, *Du secours alimentaire entre époux* (Thèse, Toulouse), 1896.

le patrimoine était devenu indépendant du sien. Et ce fut à elle, notamment, à supporter les charges du mariage, à défaut du mari, soit avec ses biens paraphernaux, soit avec sa dot, lorsqu'elle se l'était fait restituer à raison du désordre des affaires de celui-ci (1).

Notre ancien droit ne formula tout d'abord qu'à la charge du mari l'obligation pour un époux de subvenir à l'entretien de l'autre (2). Mais, peu à peu, la jurisprudence des parlements (3), suppléant au silence des Coutumes, en vint à reconnaître que, née du mariage et des promesses qu'il impliquait, elle devait grever tout aussi bien l'épouse, et être rationnellement assise sur le principe de la réciprocité (4).

2128. C'est ce principe qui a été expressément consacré par l'art. 212. Cet abandon réciproque de deux êtres que doit consommer l'union légitime, comporterait la plus dérisoire des restrictions, s'il leur était permis de se dispenser de s'entr'aider. Par cela même qu'ils se sont liés l'un envers l'autre, ils se sont engagés à se secourir mutuellement, et cet engagement est aussi contractuel que le mariage dont il est un des effets (5).

On le déclare cependant, d'ordinaire, purement légal, par ce motif que « la loi le place au-dessus de la volonté des époux, qui ne peuvent ni le modifier, ni l'anéantir » (6). Mais n'y a-t-il pas là une confusion? De ce qu'on ne puisse se soustraire à une obligation d'ordre public, il ne s'ensuit pas, à notre sens, qu'elle ne dérive qu'*ex lege*. Elle peut fort bien, au contraire, être engendrée par une convention, mais une convention dont on ne puisse, à raison de ses caractères,

(1) Rimbeaud, *op. cit.*, p. 7 s.

(2) *Assises de Jérusalem*, II, ch. CLXXIV; Beaumanoir, *Coul. de Beauvoisis*, ch. LVII. 2, 3 et 4; *Les Olim*, III, première partie, XXXIX, p. 30, décision de 1299. — Cpr. Rimbeaud, *op. cit.*, p. 10 s.

(3) Cf. Brillon, *Dict. des arrêts*, v° *Aliments*, et notamment Grenoble, 17 nov. 1583 et mars 1610; Rennes, mai 1665; Paris, 8 fév. 1667, etc.

(4) Despeisses, sect. III, § 5; Ferrière, *Dict. de dr. et de pratique*, v° *Aliments*; Argou, *Inst au dr. fr.*, liv. III, ch. XXI, p. 175; *Nouveau Denizart*, I, v° *Aliments*, V, n. 5; Guy Pape, *Jurispr.*, liv. IV, sect. II, art. 13.

(5) Rimbeaud, *op. cit.*, p. 22 s.; Planiol, *Rev. crit.*, 1889, XVIII, p. 559 s.

(6) Rimbeaud et Planiol, *loc. cit.*

altérer les effets, tant ils y sont inhérents. Dirait-on que l'obligation pour les époux de cohabiter ensemble est simplement légale? Evidemment non, car c'est leur consentement seul qui la crée : ils n'auraient réellement pas voulu se marier, mais faire une chose qui n'a ni nom, ni sens commun, s'ils avaient entendu ne pas s'y soumettre. Or il en est tout à fait de même de l'obligation de secours : si la volonté des parties se proposait de l'exclure, c'est qu'elles feraient des réserves contraires à l'essence et à la définition même de l'union légitime, et il n'y aurait pas lieu d'en tenir compte. Mais, en définitive, la loi ne fait que constater le résultat nécessaire de l'échange de leurs consentements, et c'est de lui, et non d'elle, que procède cette obligation.

2129. Les époux étant astreints à la vie en commun, normalement l'obligation de secours s'acquitte sous la forme de la contribution à laquelle chacun est tenu pour le soutien des charges du ménage (1). S'il ne peut être question alors de son mode habituel d'exécution, le service d'une pension alimentaire, c'est que celui-ci suppose la séparation des économies privées du créancier et du débiteur, et qu'elles sont précisément confondues en une seule, au domicile conjugal, par le mariage.

Il appartient, d'ailleurs, aux époux de régler, dans leurs conventions matrimoniales, l'étendue et la forme de leurs contributions respectives. Mais ce règlement cesserait d'être obligatoire, si l'un d'eux se trouvait hors d'état de fournir la sienne, par suite de la diminution de ses facultés, et ce serait à l'autre à supporter, en ce cas, une part plus considérable dans la dépense commune, proportionnellement à ses ressources. Aucune stipulation ne saurait prévaloir sur l'obligation d'ordre public qui incombe aux conjoints, et c'est ce qui ressort de l'art. 1448 du code civil.

2129 *bis*. L'obligation dont il s'agit continue du reste, quoi qu'on en ait dit, à s'exécuter entre époux sous sa forme normale, au cas même où le mari est frappé d'interdiction judi-

(1) Aubry et Rau, V, § 470, p. 132, n. 3; Laurent, III, n. 52; Planiol, I, n. 905; Surville, I, n. 193; Beudant, I, n. 309; Rimbeaud, *op. cit.*, p. 22 s. — Nancy, 6 juill. 1895, S., 97. 2. 45, D., 96. 2. 181.

ciaire (1). Y a-t-il lieu, en effet, pour la femme de demander une pension alimentaire? Evidemment non. Serait-ce, comme on l'a prétendu, que « le mari ne peut pas fournir à la femme ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie, et qu'il est impossible que le tuteur de l'interdit exerce des devoirs attachés à la puissance maritale »? Mais rien ne s'oppose, au contraire, à ce que la cohabitation persiste et que le tuteur, qui administre au nom du mari, remette à la femme, qui a la charge et la direction du ménage, les revenus qui doivent y être affectés, et, bien mieux, il ne saurait sous aucun prétexte s'en dispenser. La cohabitation dût-elle cesser, par suite du placement de l'interdit dans une maison de santé ou dans un établissement d'aliénés, que les choses devraient encore se passer de même, sauf à prélever sur les revenus des époux les sommes nécessaires pour acquitter les frais de ce placement, de telle sorte que, si l'un des époux devait être considéré comme recevant une pension, ce serait bien moins la femme que le mari, obligé de vivre loin du domicile conjugal. Soutenir le contraire, ce serait supposer que l'interdiction a, par elle seule, pour effet de faire disparaître ce domicile et le foyer de la famille, ce qui est inadmissible.

2129 *ter*. Mais il se peut que l'un des époux refuse de subvenir spontanément, et dans la mesure de ses facultés ou des obligations qui résultent de ses conventions matrimoniales, aux charges du ménage.

A tous les droits que l'autre époux peut puiser dans ces conventions, pour l'y contraindre, la loi du 13 juillet 1907 est venue en ajouter un autre, dont le principe est déposé dans son article 7, et qui, dans tous les cas, peut être rapidement, ramené à exécution. Il était d'autant plus opportun de le reconnaître que cette loi organisait, en faveur de la femme, un pécule de « biens réservés » dont elle aurait pu songer à s'approprier le bénéfice exclusif.

2129 *quater*. Quant au droit, il consiste, pour l'époux auquel il appartient, à faire saisir-arrêter et à toucher, sur les

(1) *Contra :* Laurent, III, n. 57; Fuzier-Herman, art. 212, n. 17; Rimbeaud, *op. cit.*, p. 25. — Cpr. Aix, 5 mars 1842, P., 42. II. 188, D., 43. 2. 116.

revenus du travail de son conjoint récalcitrant, salaires ou autres, une portion équivalente à sa part contributoire. « *Faute par l'un des époux,* dit l'art. 7 de la loi de 1907, *de subvenir spontanément, dans la mesure de ses facultés, aux charges du ménage, l'autre époux pourra obtenir du juge de paix du domicile du mari, l'autorisation de saisir-arrêter et de toucher des salaires ou du produit du travail de son conjoint une part en proportion de ses besoins.* »

Et ce droit, étant donnée la généralité des termes de cette disposition, appartient : 1° à l'un ou à l'autre époux, que ce soit le mari ou que ce soit la femme, pour vaincre la négligence ou la mauvaise volonté de son conjoint; 2° qu'il y ait ou non des enfants issus du mariage, car le devoir alimentaire entre époux est évidemment toujours le même, et cette circonstance ne peut influer que sur son étendue; 3° que la vie commune dure encore, ou qu'elle ait cessé par l'abandon, de la part de l'un d'eux, du domicile conjugal, ce qui sera d'ailleurs peut-être le cas le plus fréquent et celui où cette sanction du devoir de secours aura le plus d'utilité. — Il appartient, du reste, aux époux même mariés avant la publication de la loi (art. 11 de la loi et arg. de cet article).

2129 *quinquies.* Pour le faire valoir, il a été sagement organisé une procédure simple, expéditive et peu coûteuse, et qui confie à un magistrat aussi rapproché que possible des époux, le juge de paix, le soin de statuer sur le différend. Cette procédure et ses effets sont réglés par les art. 8 à 10 de la loi, lesquels sont ainsi conçus : « *Le mari et la femme seront appelés devant le juge de paix par un simple avertissement du greffier, en la forme d'une lettre missive recommandée à la poste, indiquant la nature de la demande. — Ils devront comparaître en personne, sauf les cas d'empêchement absolu et dûment justifié* » (art. 8). — « *La signification du jugement rendu en conformité de l'art. 7 qui précède, faite au conjoint et aux tiers débiteurs à la requête de l'époux qui en bénéficie, lui vaut attribution des sommes dont la saisie a été autorisée, sans autre procédure* » (art. 9). — « *Les jugements rendus en vertu des art. 2 et 7 de la présente loi seront exécutoires par provision, nonobstant opposition ou appel et*

sans caution. Ils pourront même, lorsqu'ils seront devenus définitifs, être modifiés, si la situation respective le justifie » (art. 10).

Ainsi, c'est devant le juge de paix, déjà chargé de statuer sur les demandes en pension alimentaire, que s'engage la petite instance, mais ici, semble-t-il, par dérogation à la règle de la loi du 12 juillet 1905 (art. 7-1°), à quelque chiffre que s'élève la part contributoire de l'époux poursuivi, et ce juge est toujours celui du domicile du mari. Elle s'engage aussi simplement que possible, c'est-à-dire par simple billet d'avertissement, envoyé par le greffier, sans exploit préalable de saisie-arrêt, et sans que la femme ait à se pourvoir d'une autorisation pour y comparaître. Et les deux époux, tel est le vœu de la loi, à moins d'impossibilité absolue, doivent y comparaître en personne et sans intermédiaire, car ce vœu est évidemment aussi de parvenir à un accord amiable.

Mais, s'il ne se réalise pas, l'office du juge de paix est double. C'est d'abord de déterminer la part contributoire de l'époux défendeur dans les charges du ménage, puisque l'importance de la saisie-arrêt en dépendra. C'est ensuite d'autoriser et même de valider, à l'avance, contrairement aux règles ordinaires, la saisie-arrêt, jusqu'à due concurrence, des salaires ou du produit du travail de cet époux, de telle sorte que le jugement, une fois signifié à celui-ci et aux tiers débiteurs, emporte, par lui-même, attribution à l'époux demandeur des sommes saisies-arrêtées. En outre, ce jugement est exécutoire par provision et sans caution, nonobstant opposition ou appel; mais il reste toujours susceptible d'être modifié, si la situation pécuniaire respective des époux vient à se modifier elle-même.

Il y a, d'ailleurs, ceci de remarquable que l'attribution qui résulte du jugement confère un droit acquis à l'époux même sur des sommes que le tiers débiteur ne doit qu'éventuellement à l'autre époux, par exemple sur des salaires futurs, et non pas seulement sur la partie qu'il a déjà gagnée, et un droit qui, conformément à la déclaration du rapporteur à la Chambre des députés, à raison de son caractère alimentaire, ne saurait subir aucune réduction du chef des saisies-arrêts

qui pourraient intervenir postérieurement à cette attribution. Et comme le tiers débiteur ne figure pas dans toute cette procédure, au cas où il viendrait à changer, par exemple parce que l'époux change de patron, il suffira de signifier le jugement antérieur au tiers débiteur nouveau, pour lui faire produire, immédiatement et sans autres frais, tous ses effets.

2130. En mettant fin à la vie commune, la séparation de corps force par là même à revenir au mode d'exécution ordinaire de l'obligation alimentaire : une pension doit être allouée à l'époux qui s'en prévaut, conformément aux règles qui seront ultérieurement précisées.

2131. Mais il se peut que la communauté d'habitation ait cessé, sans que les conjoints soient régulièrement séparés de corps : quel est alors l'effet de l'obligation de secours à laquelle ils sont réciproquement assujettis?

Il est certain tout d'abord que les arrangements pécuniaires qu'ils ont pu prendre relativement à leur entretien, au moment et à l'occasion de cette séparation purement conventionnelle, sont aussi nuls que cette séparation, qui contrevient à une disposition d'ordre public, puisque l'art. 214 oblige les époux à vivre ensemble et qu'une décision judiciaire peut seule les relever de ce devoir (art. 307). A toute époque, l'un des époux est donc libre de se refuser à exécuter la convention et de réclamer les droits que lui confère son titre : il dépend du débiteur de la pension d'en suspendre le paiement, comme du créancier de ne plus l'accepter et d'exiger que la vie commune soit reprise (1). Tout au plus peut-on admettre que l'engagement du débiteur doive recevoir son exécution pour le passé, dans la mesure du temps pendant lequel les époux sont restés séparés (2). Et encore serait-il peut-être plus

(1) Aubry et Rau, V, § 470, p. 132 et 133, n. 5 et 7; Laurent, III, n. 55; Beudant, I, n. 309; Fuzier-Herman, art. 212, n. 12 s., et art. 214, n. 10; Rimbeaud, *op. cit.*, p. 27. — Cpr. Grenoble, 11 mars 1851, S., 51. 2. 627, D., 53. 2. 62. — Bordeaux, 31 mai 1854, D., 55. 2. 289. — Nîmes, 9 mai 1860, S., 60. 2. 577, D., 60. 2. 219. — Trib. Versailles, 16 juill. 1873, sous Paris, 11 mai 1874, S., 74. 2. 169, D., 75. 2. 41. — Civ. cass., 14 juin 1882, S., 82. 1. 421, D., 83. 1. 248. — Pau, 20 juin 1894, S., 94. 2. 232, D., 95. 2. 11.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 132, n. 6; Fuzier-Herman, art. 214, n. 61 s. — Req. rej., 28 déc. 1830, S., 31. 1. 11, D., 31. 1. 28. — Dijon, 11 juill. 1872, S., 73. 2. 104, D., 73. 2. 215. — Paris, 11 mai 1874, précité.

juridique de décider, abstraction faite de cet engagement, qui est nul, que les dépenses effectuées par celui qui a vécu loin du domicile conjugal doivent être acquittées par l'autre dans la mesure où celles du ménage se sont ainsi trouvées réduites.

2132. Plus fréquemment la vie commune cesse, non à la suite d'un accord, mais par le fait d'un des époux, qui déserte le domicile conjugal, ou en chasse son conjoint, ou lui rend intolérable le séjour à ce domicile : que devient alors l'obligation de secours?

Il est indubitable que l'époux qui quitte volontairement le foyer, sous l'empire de son caprice, ne peut pas contraindre l'autre à pourvoir à son entretien. En violant la première de ses obligations envers lui, qui est de vivre sous le même toit, il le relève de la sienne, ou bien plutôt il en rend l'accomplissement impossible, puisqu'elle consistait à soutenir les charges du ménage et que, par sa propre faute, il n'y a plus de vie commune. Il est donc sans droit aucun, tant qu'il s'obstine à repousser l'offre qu'on lui fait de reprendre celle-ci. Et par suite les tiers qui lui procurent des aliments, pendant qu'il reste éloigné du domicile conjugal, ne sauraient prétendre en répéter le montant de son conjoint, à moins qu'ils ne puissent, s'ils ont fait crédit à la femme, se prévaloir du mandat tacite qu'elle est supposée avoir reçu de son mari pour les dépenses courantes du ménage (1).

2133. Encore faut-il que l'époux abandonné offre à l'autre effectivement de reprendre la vie commune (2). Il ne peut pas,

(1) Aubry et Rau, V, § 470, p. 133, n. 9, et § 471, p. 136, n. 11; Demolombe, IV, n. 94; Demante, I, n. 297 *bis*, III; Laurent, III, n. 90; Planiol, I, n. 895; Surville, I, n. 195; Rimbeaud, *op. cit.*, p. 29 et 33; Fuzier-Herman, art. 214, n. 66 s. — Req. rej., 13 fév. 1844, S., 44. 1. 662, D., 44. 1. 157. — Civ. cass., 12 janv. 1874, S., 74. 1. 305 et note, D., 74. 1. 153. — Paris, 5 avril 1875, S., 75. 2. 299. — Bordeaux, 29 mai 1878, S., 78. 2. 303. — Req. rej., 21 mars 1882, S., 83. 1. 112, D., 82. 1. 362. — Paris, 22 janv. 1887, sous Cass., D., 90. 1. 340. — Dijon, 4 fév. 1888, D., 89. 2. 243. — Req. rej., 11 déc. 1888, S., 91. 1. 466, D., 90. 1. 340. — Dijon, 21 janv. 1891, D., 91. 2. 349, note de M. Planiol. — Trib. Nice, 29 mai 1895, *Le Droit*, 4 déc. — Cpr. Civ. rej., 22 juill. 1895, S., 99. 1. 43, D., 96. 1. 569. — Agen, 10 déc. 1895, S., 98. 2. 301, D., 96. 2. 525.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Laurent, III, n. 88; Huc, II, n. 232; Rimbeaud, *op. cit.*, p. 33. — Trib. Lille, 10 nov. 1887, *Gaz. Pal.*, 88. I. 519. — *Contra* : Paris, 29 août 1857, S., 57. 2. 768, D., 58. 2. 27.

si coupable que soit la conduite de ce dernier, refuser à la fois de se prêter à une cohabitation qui lui répugne et d'acquitter, sous la forme d'une pension, l'obligation qui lui incombe. Pour s'affranchir complètement vis-à-vis d'un conjoint indigne, il n'a pas d'autre moyen que de faire prononcer son divorce.

2134. Mais il lui est permis de son côté, sous la même condition, s'il est lui-même dans le besoin, de réclamer des aliments à l'époux qui a quitté le domicile conjugal, puisqu'il remplit, quant à lui, ou du moins se déclare prêt à remplir tous les devoirs qui résultent du mariage. Cette solution, on doit l'observer, a toujours été unanimement enseignée par la doctrine [1] : on n'a jamais songé à imposer à la femme qui est scrupuleusement restée à son foyer et qui est disposée à y accueillir son mari, pas plus qu'au mari, abandonné par sa femme et qui consent à la recevoir, l'obligation de demander sa séparation de corps et de faire régulariser ainsi la situation, pour obtenir le secours auquel ils ont droit.

Nombre de lois permettaient même expressément à la femme envers qui le mari ne remplit pas ses obligations, de faire saisir ou même retenir administrativement une fraction de la pension, civile ou militaire, à laquelle il a droit [2]. Mais, sans rien changer expressément à ces dispositions spéciales, les dispositions générales de la loi nouvelle du 13 juillet 1907 (art. 7 à 10), certainement applicables à cette situation, comme l'a confirmé le rapporteur de la loi au Sénat, permettent à l'époux abandonné de faire promptement respecter son droit [3].

2135. Il reste à savoir si l'époux qui a fui le toit conjugal ne peut pas lui-même exiger des aliments de son conjoint, lorsqu'il justifie de la nécessité où il a été mis de s'en séparer.

L'affirmative a été toujours communément admise pour le cas où il a été chassé de ce domicile plutôt qu'il ne l'a fui. Il

(1) Aubry et Rau, V, § 470, p. 133, n. 8; Duranton, II, n. 434; Fuzier-Herman, art. 212, n. 15 s.; Rimbeaud, *op. cit.*, p. 32 et 33. — Douai, 2 juin 1852, S., 53. 2. 215, D., 53. 2. 132.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 133, n. 8. — Cf. *supra*, n 2107.

(3) Cf. *supra*, n. 2129 *ter* et s.

aurait droit au secours lors même qu'il aurait sans motifs pris l'initiative de la rupture, si son conjoint ne consentait pas à renouer les rapports communs. A plus forte raison ce droit lui appartient-il quand ce dernier l'a contraint à s'éloigner et qu'il ne veut plus le recevoir (1). Il ne dépend pas de la volonté de celui qui réclame la pension qu'elle ne lui devienne inutile par le rétablissement de la vie commune.

2136. Cette solution est repoussée, au contraire, par de nombreux auteurs et par certaines décisions judiciaires (2), lorsque l'époux qui s'est séparé de son conjoint prétend l'avoir fait, soit pour se soustraire aux mauvais traitements dont il était l'objet de la part de celui-ci, soit parce qu'au foyer on ne lui faisait pas la situation et qu'on ne lui accordait pas les égards auxquels il avait droit. Avec l'opinion opposée, nous estimons que, même alors, une pension doit lui être accordée (3).

Il est de principe, sans doute, que l'on ne puisse réclamer l'exécution de l'obligation de secours qu'au siège même de la société conjugale : les deux époux doivent y être réunis et consentir à remplir, dans toute son étendue, leur devoir préalable de cohabitation. Mais n'admet-on pas unanimement que ce principe fléchit lorsque la cohabitation cesse d'être possible par la faute de celui à qui les aliments sont réclamés, et que, dans l'impossibilité où est l'autre de se les faire fournir en nature, puisque la vie commune est suspendue, il doit avoir la faculté de les obtenir en argent? Toute la question

(1) Demolombe, IV, n. 110; Laurent, III, n. 54 et 94; Planiol, I, n. 895; Beudant, I, n. 309; Rimbeaud, *op. cit.*, p. 31 s. — Req. rej., 28 déc. 1830, S., 31. 1. 11, D., 31. 1. 28. — Aix, 17 fév. 1871, D., 72. 2. 64. — Besançon, 15 juill. 1874, S., 75. 2. 9 et note, D., 74. 2. 219. — Trib. Montluçon, 16 nov. 1905, D., 1906. 5. 28.

(2) Aubry et Rau, V, § 470, p. 133, n. 10 et 11; Demolombe, IV, n. 97; Rimbeaud, *op. cit.*, p. 30 s. — Montpellier, 4 mai 1847, S., 47. 2. 418, D., 47. 2. 81. — Trib. Angoulême, 30 mai 1864, D., 64. 3. 45. — Bordeaux, 11 fév. 1887, *Gaz. Pal.*, 87. I. 612. — Nancy, 6 juill. 1895, S., 97. 2. 45, D., 96. 2. 181.

(3) Laurent, III, n. 56; Huc, II, n. 232; Beudant, I, n. 309; Fuzier-Herman, art. 212, n. 20; art. 214, n. 56 s. — Montpellier, 23 déc. 1830, S., 31. 2. 331, D., 32. 2. 2. — Bordeaux, 3 fév. 1853, S., 53. 2. 260, D., 54. 2. 10. — Trib. Seine, 13 janv. 1882, *Gaz. Pal.*, 82. I. 269. — Req. rej., 2 janv. 1877, S., 77. 1. 257, rapp. de M. Onofrio et note, D., 77. 1. 162. — Pau, 8 mai 1890, S., 91. 2. 3. — Douai, 26 mars 1901, D., 1902. 2. 188, et note. — Caen, 30 juin 1903, D., 1904. 5. 416. — Cpr. Planiol, I, n. 897. — Bastia, 20 mai 1902, S., 1903. 2. 104, D., 1904. 2. 231.

est donc de savoir si l'époux qui s'est séparé de son conjoint avait de justes motifs pour le faire. Or il ne semble pas qu'on puisse distinguer, à cet égard, suivant qu'il a été réellement expulsé par la force du domicile conjugal, ou qu'il a été poussé à le déserter à raison des violences auxquelles il y était exposé, des privations ou du traitement humiliant qu'il devait y subir. Qu'elle ait été physique ou morale, qu'elle se soit ou non proposé de lui faire quitter la place, la contrainte à laquelle il a dû finir par céder doit produire exactement les mêmes effets, et la nature de l'offense faite à sa dignité importe peu, lorsque sa gravité rend la continuation des rapports communs réellement insupportable. Si donc l'époux brutalement congédié peut exiger de l'autre qu'il pourvoie à son entretien, jusqu'à ce qu'il le reprenne auprès de lui, il a un droit identique, lorsqu'il a dû prendre sur lui de s'éloigner pour échapper à un traitement indigne.

Et vainement objecte-t-on que l'inobservation de son devoir par l'un des conjoints n'autorise pas l'autre à se soustraire au sien. S'il s'en dispense, c'est parce qu'on lui enlève vraiment le moyen de le remplir, tout comme si on lui fermait la porte du domicile commun. La seule différence entre les deux cas est que la violence qu'on lui fait est, dans le premier, plus morale que physique, quoiqu'elle puisse même alors revêtir ce dernier caractère. Mais il serait vraiment trop cruel de soutenir qu'il est plus facile à une femme de se plier à la vie commune, lorsqu'elle est en butte aux plus déplorables excès de la part de son mari, que lorsqu'il la chasse de sa maison. Il est, au reste, tellement impossible de s'en tenir au principe rigoureux auquel l'on veut rester fidèle, que MM. Aubry et Rau eux-mêmes, après avoir commencé par dénier le droit aux aliments même à l'époux qui prétend « que la vie commune présente pour sa personne de graves inconvénients », en viennent (1) cependant à l'accorder à la femme qui refuserait de rejoindre son mari, « par le motif qu'il ne lui offrirait pas un logement convenable à sa position, et garantissant, d'une manière suffisante, sa sécurité et sa

(1) V, § 470, p. 134, n. 12.

dignité ». Or, après tout, l'existence commune ne doit-elle pas lui être bien moins intolérable, quand le mari refuse à ses besoins quelques satisfactions légitimes, que lorsque, par des voies de fait ou des humiliations dégradantes, il compromet sa santé ou manque gravement au respect qu'il lui doit ?

Oppose-t-on qu'en abandonnant le domicile commun, l'époux empêche l'accomplissement de la condition à laquelle était subordonné son droit au secours, et qui était d'habiter avec son conjoint? Mais il ne dépend guère plus de lui que cette condition se réalise, lorsqu'il quitte les lieux où sa position n'est plus tenable, que quand on lui en interdit l'entrée, et c'est son conjoint, bien plus que lui-même, qui en empêche alors réellement la réalisation.

Avec plus d'apparence de raison on peut dire que la loi ne connaît pas, pour les époux, jusqu'à la dissolution de leur mariage, de situation mixte entre le maintien de la vie commune et sa cessation en vertu d'un jugement de séparation de corps. C'est violer l'art. 214, peut-on prétendre, que de permettre à l'un d'eux d'obliger l'autre à l'entretenir en dehors du domicile conjugal, et de s'affranchir, par une simple séparation de fait, de son propre devoir de cohabitation. On comprendrait, en effet, que la loi eût voulu contraindre les époux à prendre une résolution définitive, et à choisir une bonne fois entre la continuation de leurs rapports et le relâchement du lien conjugal. Mais rien ne trahit cette intention chez les rédacteurs du code civil, tout au contraire. Faire de la séparation de corps l'unique moyen de dénouer une situation insupportable, comment y auraient-ils songé, alors qu'ils ne l'admettaient qu'à regret, et que d'ailleurs elle ne constitue pas effectivement un dénouement véritable? On ne voit guère, en somme, pourquoi les époux auraient été condamnés à publier leurs démêlés et à rendre, par là même, leur réconciliation plus difficile dans l'avenir, alors que celui qui croit avoir des griefs légitimes se contente de reconquérir sa liberté de fait, en demandant les moyens de vivre, et que l'autre n'est pas disposé, de son côté, à reprendre l'existence en commun et à la lui rendre tolérable. Ce serait aggraver le mal, et non pas l'adoucir, risquer de le perpétuer, au lieu de le guérir,

que de substituer par force à la période de détente qu'est la séparation de fait, la rupture et l'éclat d'une séparation de corps, qui serait trop souvent définitive.

Au reste, il appartient au juge de rechercher, pour ne point rendre ces séparations de fait trop faciles et trop fréquentes, si les griefs de l'époux qui demande des aliments sont suffisants pour les lui faire accorder, ou si, au contraire, la vie commune peut être aisément reprise. La réserve que le juge sera tout naturellement porté à s'imposer, à cet égard, est un gage qu'il n'y a guère de véritable abus à redouter. Et quant à ses décisions, elles ne sauraient être plus arbitraires que s'il avait à statuer sur une demande en séparation de corps.

N° 2. Du devoir de secours après le décès de l'un des époux.

2137. Dans la législation romaine (1), jusqu'à la fin, l'obligation alimentaire entre époux cessa par la mort de l'un d'eux. Mais la femme trouva dans la *manus,* tant qu'elle dura, un titre qui lui permettait de venir à la succession de son mari; et, d'autre part, après qu'elle eut disparu, le conjoint survivant, quel qu'en fût le sexe, put être appelé à la succession du prédécédé à l'aide de la *bonorum possessio unde vir et uxor.* Justinien (2) accorda enfin à ce conjoint, lorsqu'il était sans ressources, le droit plus efficace de prendre dans l'hérédité du défunt, à titre de légitime, le quart de ses biens, s'il ne laissait que trois enfants, et une part virile seulement, s'il en laissait un plus grand nombre. Par la condition à laquelle en était subordonnée l'allocation, la « quarte du conjoint pauvre » revêtait ainsi véritablement le caractère alimentaire, tout en constituant cependant un droit successoral. Toutefois, la Novelle 117, rendue en l'an 542, vint presque aussitôt retirer ce droit au mari, pour ne plus le reconnaître qu'à la veuve.

A l'époque barbare (3), celle ci trouva encore dans le *pretium nuptiale* et dans le *morgengabe* ou *pretium virginitatis* les ressources destinées à pourvoir à ses besoins après le

(1) Cf. Rimbeaud, *op. cit.*, p. 9 s.
(2) Nov. 53, cap. VI (an 537).
(3) Rimbeaud, *op. cit.*, p. 11 s.

décès de son époux. Sous le régime féodal, ce fut le douaire qui les lui procura. Et, à la fin de notre ancien droit, cette institution les lui assurait encore, dans les pays de coutumes, sous la forme d'un droit de jouissance portant sur une portion des propres du mari, conjointement avec le don mutuel, qui conférait à l'époux survivant, sans distinction de sexe, l'usufruit de la communauté, et dans les pays de droit écrit, grâce à la quarte du conjoint pauvre et aux nombreux gains de survie qui y étaient en usage, notamment à l'augment de dot et au contre-augment. Bien mieux, au XVIIIe siècle, Ferrière (1) n'hésitait pas à présenter l'obligation alimentaire entre époux comme « si essentielle à la piété conjugale, qu'elle passe en la personne des héritiers du prédécédé ».

Aucune de ces institutions ne trouva grâce devant la loi révolutionnaire du 17 nivôse an II (2). De ce jour, les époux ne purent plus assurer le sort du survivant qu'au moyen de libéralités purement conventionnelles (3).

2138. Comment les rédacteurs du Code civil gardèrent-ils à cet égard le plus complet silence, et parurent-ils ainsi répudier les traditions de notre ancienne jurisprudence, pour s'inspirer du principe imprévoyant de l'ère intermédiaire? On n'a pas encore pu dire si la regrettable lacune qui en résulta dans nos lois, fut l'effet d une simple méprise ou celui d'un dessein arrêté. Mais du moins on ne tarda pas à s'accorder à en déplorer les conséquences. N'appartenait-il pas, en effet, au législateur de se montrer plus prévoyant que les époux, et, sans compter sur leurs stipulations particulières, de prémunir le survivant contre la gêne ou la misère à laquelle pourrait le réduire le décès de son conjoint?

Etait-il admissible, si le mariage crée vraiment entre deux êtres cette communauté d'existence, d'affections et d'intérêts qui est le ciment de la famille, que la mort pût briser si complètement le lien qui les unissait, que l'époux sans ressources restât presque sans droit, en face de la succession du

(1) *Dict. de droit et de pratique,* I, v° *Aliments,* p. 98. — *Contra :* Argou, *Inst. au dr. fr.,* liv. III, ch. XXI.

(2) Art. 13, 14 et 61.

(3) Rimbeaud, *op. cit.,* p. 17 s.

prédécédé? Qu'y avait-il de plus contraire à la dignité comme à la nature de l'union légitime et aux affections du défunt, que cette déchéance, à la fois matérielle, morale et sociale, que la loi infligeait à celui qu'il laissait après lui? Conférer au survivant un droit héréditaire aussi illusoire que celui de l'art. 767, c'était bien plus aggraver cette déchéance que l'en relever, puisque sa vocation ne venait qu'après celle des successeurs irréguliers les moins qualifiés, et obliger à voir qu'on s'était montré encore moins généreux envers lui qu'envers les enfants naturels, pourtant si sévèrement traités (1).

2139. On ne pouvait donc plus hésiter que sur les moyens de modifier à son avantage une situation aussi humiliée et aussi malheureuse. On était libre effectivement, ou de renforcer son droit successoral, ou de laisser survivre l'obligation de secours entre époux au décès de l'un d'eux, ou de combiner enfin ces deux réformes, d'une part en reconnaissant désormais au conjoint survivant, conformément à la réalité des choses, un rang meilleur dans l'ordre présumé des sympathies du défunt, et, d'autre part, pour le cas où sa vocation héréditaire ne lui assurerait pas de quoi vivre, en contraignant l'hérédité à pourvoir à sa subsistance. A vrai dire, tout dépendait, sous ce rapport, de la conception qu'on se faisait du mariage.

Aussi, de même que la première proposition qui fut faite, en 1849, par plusieurs représentants du peuple, et que les événements politiques empêchèrent d'aboutir, celle dont M. Delsol saisit, en 1872, l'Assemblée nationale ne visait qu'à étendre le droit de succession du conjoint survivant. Mais, comme ce droit, même après l'extension qu'on s'était décidé à lui donner, pouvait encore n'assurer que dans une mesure insuffisante l'entretien de ce conjoint, le législateur s'est finalement résolu à prolonger l'obligation alimentaire entre époux au delà même de la dissolution du mariage par la mort de l'un d'eux (2). Tel a été le résultat de la loi du

(1) Cpr. Boissonade, *Hist. des droits de l'époux survivant*, Paris, 1874, p. 340; Rouard de Card, *Des droits de l'époux sur la succ. de son conjoint prédécédé*. Paris, 1891, p. 6 s.; Rimbeaud, *op. cit.*, p. 116 s.

(2) Cf. Rimbeaud, *op. cit.*, p. 116 s.

9 mars 1891, qui, en même temps qu'elle modifiait profondément l'ancien art. 767, a ajouté à l'art. 205 la disposition suivante, qui en forme les 2e, 3e et 4e alinéas : « *La succession* » *de l'époux prédécédé en doit* (des aliments), *dans le même cas,* » *à l'époux survivant. Le délai pour les réclamer est d'un an* » *à partir du décès et se prolonge, en cas de partage, jusqu'à* » *son achèvement. — La pension alimentaire est prélevée sur* » *l'hérédité. Elle est supportée par tous les héritiers et, en cas* » *d'insuffisance, par tous les légataires particuliers, proportionnellement à leur émolument. — Toutefois, si le défunt* » *a expressément déclaré que tel legs sera acquitté de préférence aux autres, il sera fait application de l'art. 927 du* » *Code civil.* »

2140. Par son objet, par les conditions auxquelles il est subordonné, par la place et le nom même que la loi lui donne, le droit que confère l'art. 205 à l'époux survivant apparaît comme ayant un caractère purement alimentaire, qui le distingue tout à fait du droit héréditaire dont il est appelé, le cas échéant, à combler l'insuffisance. Et les travaux préparatoires (1) suffiraient à eux seuls à prouver, si aucun doute pouvait subsister à cet égard, qu'il ne constitue qu'une simple créance contre la succession du prédécédé (2).

Comme tel, il participe donc de tous les caractères du droit aux aliments que les circonstances dans lesquelles il naît ne l'empêchent pas de revêtir, de telle sorte que, s'il ne peut évidemment pas être réciproque, il est non moins certainement d'ordre public. Il ne saurait être enlevé à l'époux, ni par un acte unilatéral de la volonté du défunt, ni par un accord des deux conjoints (3).

Au fond, ce droit n'est que la suite de celui qui existait, de leur vivant, au profit de chacun d'eux, et c'est le même qui se continue, après leur séparation par la mort. Loin de l'anéantir, cet événement fait désirer plus vivement qu'il conserve toute

(1) Cf. notamment 2e rapport de M. Piou, *Journ. off.*, 1890, Chambre des dép., *Doc. parl.*, p. 156.

(2) Rimbeaud, *op. cit.*, p. 120; Bressolles, *Rec. de l'Acad. de lég. de Toulouse*, 1891-1892, p. 41; Planiol, *Note*, D., 95. 2. 201.

(3) Rimbeaud, *op cit.*, p. 132.

son efficacité, et qu'il reste opposable aux héritiers de l'obligé, comme il l'était à lui-même, et dans la même mesure. C'est sa dette qu'ils sont tenus d'acquitter avec ses biens, et qu'il leur transmet avec son actif. Elle le grève au même titre que toutes les autres, avec cette différence, néanmoins, qu'elle ne naît qu'à l'instant où il meurt, et parce que ce décès est précisément ce qui provoque le besoin qu'a l'époux survivant d'être secouru. Et dès lors il paraît pour le moins superflu de faire intervenir (1), pour expliquer que ses héritiers soient tenus de cette obligation, la fiction de la personnalité juridique de l'hérédité faisant suite à celle du défunt. Si la nature des choses lui interdit d'acquitter personnellement cette dette, elle n'en a pas moins grevé son patrimoine, au moment où la mort l'en dessaisissait, de telle sorte que ses successeurs y sont assujettis dans la mesure exacte où il l'était lui-même. De cette conception primordiale que l'obligation alimentaire opposable aux héritiers du prédécédé n'est que le prolongement de celle dont il était tenu durant sa vie, il suit qu'il faut lui appliquer, en principe, toutes les règles qui gouvernent l'obligation de secours de l'art. 212.

2141. Et d'abord, quant aux conditions auxquelles est subordonné le droit du conjoint survivant, il va de soi qu'il faut, d'une part, qu'il soit dans le besoin, c'est-à dire que ses ressources personnelles, jointes à l'émolument du droit héréditaire que lui confère l'art. 767, soient insuffisantes pour assurer son existence (2), et, d'autre part, que la succession soit en état de lui fournir des aliments, après que le passif a été déduit de l'actif, car les créanciers ne sauraient évidemment voir leur situation empirer par la mort de leur débiteur (3).

2142. Il suit de ce dernier motif qu'une pension ne peut pas être réclamée par l'époux survivant, lorsqu'il est l'unique successeur de son conjoint, n'eût-il effectué qu'une acceptation

(1) Piou, 1er rapp., *Journ. off.*, Ch. des dép., *Doc. parl.*, 1886. p. 1291; disc. de M. Lacombe, *Journ. off.*, Sénat, *Déb. parl.*, 2 déc. 1890, p. 1110; Rimbeaud, *op. cit.*, p. 121.

(2) Planiol, I, n. 907. — Cpr. Req. rej., 24 juill. 1895, S., 96. 1. 222.

(3) Lacombe, *Journ. off., loc. cit.*, p. 1110; Planiol, I, n. 908 et 909; Rimbeaud, *op. cit.*, p. 123. — Trib. Avesnes, 13 juill. 1894, D., 95. 2. 201.

bénéficiaire (1). D'une part, malgré la séparation des patrimoines qui résulterait de cette acceptation, il ne saurait venir en concours avec les créanciers héréditaires, puisque l'insuffisance de la succession établirait qu'elle n'est pas en état de fournir des aliments. D'autre part, les principes généraux du droit s'opposeraient à ce que l'obligation pût naître à la charge de la personne même qui s'en prévaudrait. La fiction de la personnalité de l'hérédité, imaginée d'ailleurs ici sans raisons valables et pour un autre objet, ne saurait légitimer un résultat aussi anormal. Et quant au bénéfice d'inventaire, s'il permet à l'héritier de conserver ses droits, il ne lui permet pas d'en acquérir de nouveaux.

2143. Il faut, en second lieu, que le survivant exerce son droit dans l'année qui suit le décès de son conjoint, ou tout au moins, si le partage n'est pas encore achevé à l'expiration de celle-ci, avant la conclusion de ce partage. Si la loi a assigné un aussi bref délai à la formation de la demande, ce n'est pas, comme on l'a dit parfois et lors de la discussion elle-même (2), parce qu'elle doit être nécessairement antérieure à l'époque où la personnalité de l'hérédité disparaît, car il ne tenait qu'à cette loi de prolonger, s'il le fallait, cette prétendue personnalité au-delà de ce laps de temps. C'est parce que la situation définitive des héritiers devait être déterminée aussi promptement que possible, et qu'il ne fallait pas les laisser trop longtemps exposés à des réclamations dont on aurait pu d'autant moins vérifier le bien fondé qu'elles seraient plus tardives. Or le délai fixé a paru suffisant pour permettre à celui qui pouvait les formuler de savoir s'il y avait lieu pour lui de le faire (3).

2144. Mais la demande du conjoint survivant doit-elle être nécessairement admise, s'il est dans le besoin, par cela seul qu'elle a été formée dans ce délai, ou ne faut-il pas encore, pour qu'elle puisse l'être, que l'existence de ce besoin remonte au moins au jour du décès du prémourant? Le texte

(1) Poitiers, 7 juill. 1897, S., 98. 2. 35, D., 98. 2. 409, note de M. Planiol.

(2) Piou, 1er rapp., *J. off.*, Ch. des dép., *Doc. parl.*, 20 déc. 1886, p. 1294; Rimbeaud, *op. cit.*, p. 129.

(3) Planiol, I, n. 916. — Cpr. Poitiers, 7 juill. 1897, précité.

laisserait la question indécise, mais les travaux préparatoires (1) la résolvent dans le dernier sens, et cette solution est corroborée, selon nous, à la fois par le caractère et l'objet de cette obligation alimentaire (2). Par son caractère, car, si elle est le prolongement de celle qui incombait à l'époux prédécédé, il faut qu'elle ait pu naître en sa personne, au moins à l'instant où il rendait le dernier soupir. Par son objet, car, si elle tend à sauver le survivant de la détresse à laquelle le réduit son veuvage, elle doit s'évanouir lorsque son infortune actuelle procède de revers et d'événements postérieurs à la dissolution du mariage. Du reste, s'il avait été dans l'intention du législateur d'autoriser cet époux à s'en prévaloir lors même que son besoin n'apparaîtrait qu'après cette dissolution, on ne comprendrait plus qu'il eût fixé un délai aussi court qu'une année pour la recevabilité de la demande.

2145. Cette demande, au surplus, doit être accueillie quels qu'aient pu être les torts de celui dont elle émane à l'égard de son conjoint, et, spécialement, lors même que la séparation de corps aurait été prononcée à la requête et au profit de celui-ci (3). Cette solution résulte, d'une part, de la comparaison même des deux dispositions nouvelles des art. 205 et 767, car la dernière seule prive l'époux coupable du droit qu'elle organise, et, d'autre part, de ce que l'obligation opposable à la succession n'est autre que la continuation de celle à laquelle le *de cujus* était assujetti durant sa vie. Or, si en pareil cas le divorce met fin à celle-ci, la séparation de corps, loin de l'anéantir, est la plus fréquente des occasions dans lesquelles on est appelé à en réclamer l'exécution.

2146. Conformément au droit commun de l'art. 208, qu'on a jugé superflu de rappeler (4), le montant du secours qui doit être alloué à l'époux survivant se détermine, d'un côté, eu égard à ses besoins, appréciés suivant sa situation, et, d'un autre côté, en raison des forces de la succession, dont il con-

(1) 2e rapp. de M. Piou, *J. off.*, Ch. des dép., *Doc. parl.*, 1890, p. 156.
(2) Planiol, I, n. 916; Rimbeaud, *op. cit.*, p. 131.
(3) Rimbeaud, *op. cit.*, p. 124.
(4) 2e rapp. de M. Piou, *Journ. off.*, Ch. des dép., *Doc. parl.*, 1890, p. 156; Lacombe, *Journ. off.*, Sénat, *Déb. parl.*, 2 déc. 1890, p. 1110.

vient en conséquence de défalquer préalablement les dettes héréditaires (1). On ne doit donc pas prendre en considération les facultés personnelles des successeurs du *de cujus*, qui ne sont tenus que de son chef et seulement dans la mesure où il l'était lui-même, puisqu'ils ne le sont que pour avoir recueilli les biens dont la dette alimentaire est une charge. Faut il observer que ce résultat s'explique à merveille sans personnifier l'hérédité?

2147. Mais l'étendue du secours alimentaire est-elle également susceptible de varier, en plus ou en moins, suivant la règle générale de l'art. 209?

Qu'elle puisse être réduite, si les besoins de l'époux diminuent ou si ses ressources personnelles s'accroissent, c'est ce que prouvent les travaux préparatoires (2). A la question qui avait été posée à ce sujet au Sénat, M. Lacombe (3) répondait en ces termes, au nom de la commission : « Nous sommes parfaitement d'accord que les art. 208 et 209 C. civ. seront applicables à la pension alimentaire de l'époux survivant; si donc, à une époque postérieure à celle à laquelle la pension aura été réglée, l'époux survivant reçoit un accroissement de fortune tel qu'il n'ait plus besoin de la pension, elle pourra être diminuée ou même complètement supprimée. »

2148. D'un autre côté, qu'elle ne soit pas susceptible d'augmentation à raison de l'accroissement qui pourrait survenir dans la consistance ou la valeur des biens héréditaires, c'est ce qui n'est pas douteux non plus, « puisque, ainsi que l'expliquait aussitôt après le même orateur, l'état de la succession est définitivement fixé à l'heure de son ouverture, et qu'il ne peut recevoir de modifications que par suite des actes personnels des héritiers, dont il n'y a pas lieu de tenir compte » (4).

2149. Mais cette augmentation ne peut-elle pas, du moins, se produire à raison de ce que les besoins de l'époux augmentent ou que ses ressources diminuent? Sur ce point le

(1) Planiol, I, n. 907 à 909; Rimbeaud, *op. cit.*, p. 125 s.
(2) Planiol, I, n. 907; Rimbeaud, *op. cit.*, p. 133.
(3) M. Lacombe, *Journ. off.*, Sénat, *Déb. parl.*, 2 déc. 1890, p. 1110.
(4) Planiol, I, n. 909; Rimbeaud, *op. cit.*, p. 133.

raisonnement de M. Lacombe restait insuffisant : il ne prouvait pas que, invariable à raison d'un des éléments de sa fixation, l'élément actif, la pension, ne pût pas varier à raison de l'autre, l'élément passif. Mais la forme même de sa réponse, lorsqu'il disait que « l'hypothèse contraire (d'une augmentation) ne peut pas se poser », impliquait que, pour lui, tout accroissement de la pension, à quelque titre qu'il pût être réclamé, était absolument impossible. Et sa pensée était entièrement conforme à celle qu'exprima le rapporteur à la Chambre des députés (1), en ces termes : « le règlement une fois fait, l'époux n'est plus reçu à le faire modifier », comme aussi à celle qui inspira les rédactions successives qui eurent pour objet de traduire la même idée. Il est vrai que le texte définitif ne l'a pas formulée. Mais on ne saurait en conclure qu'elle fut finalement écartée, alors qu'on ne différa, pendant toute la discussion, que sur les moyens de l'exprimer le plus nettement possible. On comprend, d'ailleurs, que l'on ait voulu régler une fois pour toutes, dans un but de stabilité, les rapports de la succession et du conjoint survivant, en admettant seulement celle-là à se faire décharger, en tout ou en partie, de la pension lorsqu'elle ne serait plus nécessaire. D'un autre côté, et ce motif exclut toute distinction qu'on voudrait faire entre le cas où l'augmentation serait demandée après l'expiration du délai d'un an et celui où elle le serait auparavant, si le droit alimentaire du conjoint ne naît que quand il était dans le besoin à l'ouverture de l'hérédité, n'est-il pas logique qu'on s'en tienne à l'étendue de ce besoin tel qu'il existait lors du règlement qui a eu lieu ? En tant qu'il apparaît postérieurement à celui-ci, il ne peut pas grever le défunt, et par suite sa succession, tenue seulement dans la mesure où le débiteur l'était à l'instant où il expirait, ou plutôt, ce qui revient presque au même, à l'instant où ce droit s'est fait reconnaître (2).

2150. Cette dette alimentaire doit être supportée, confor-

(1) 2e rapp. de M. Piou, *Journ. off.*, Chambre des dép., *Doc. parl.*, 1890, p. 156.

(2) Rimbeaud, *op. cit.*, p. 133 s.; Bressolles, *Rec. de l'Acad. de lég. de Toulouse*, 1891-92, p. 46. — *Contra* : Fiquet, *Droits de succ. du conj. survivant* (Thèse, Paris), 1892, p. 282 s.

mément au droit commun, et comme toute autre dette de l'hérédité, par les successeurs universels du défunt, qu'ils soient héritiers ou légataires, proportionnellement à ce qu'ils amendent dans celle-ci. Mais, comme elle ne leur incombe que comme détenteurs des biens qu'elle grève, et dans les limites mêmes de leur importance, ils n'en sont tenus que jusqu'à concurrence de leur émolument, quelle que soit la nature de leur acceptation. Cette proposition résulte nettement tant des travaux préparatoires (1) que du texte, qui appelle les légataires particuliers à contribuer à l'acquittement de la dette « en cas d'insuffisance », apparemment des biens héréditaires (2).

2151. Suit-il aussi de ce caractère de la dette que le créancier ne puisse poursuivre son paiement que sur les biens héréditaires, et que les biens personnels des successeurs ne soient point compris dans son gage ? Cette déduction ne semblerait pas devoir nécessairement s'imposer. Car, de ce que ces derniers ne soient tenus que dans la mesure de leur émolument, il ne résulte pas d'une façon absolue que leur patrimoine propre ne soit pas obligé dans la même mesure et au même titre que les biens qui composent cet émolument, du moins s'ils n'ont pas accepté la succession sous bénéfice d'inventaire. Et toutefois, en disant que c'est la « succession » qui doit des aliments, et que la pension est prélevée sur « l'hérédité », l'art. 205 paraît bien considérer cette dernière, même en cas d'acceptation pure et simple, comme seule débitrice. Et cette intention ressort mieux encore de la fréquente application qui a été faite expressément, au cours de la discussion, quoique, selon nous, sans vrais motifs, de la personnalité de l'hérédité jacente (3). — Encore la confusion de fait du patrimoine du défunt et de celui du successeur autoriserait-elle le créancier, conformément à la règle générale, à poursuivre ce dernier même sur ses biens personnels, s'il n'établissait pas d'une façon sérieuse les forces réelles de l'hérédité.

(1) 2e rapp. de M. Piou, *loc. cit.*, p. 156 ; Disc. de M. Lacombe au Sénat, *Journ. Officiel, Déb.*, 2 déc. 1890, p. 1110.

(2) Planiol, I, n. 908; Rimbeaud, *op. cit.*, p. 127 et 128.

(3) Planiol, I, n. 908; Rimbeaud, *op. cit.*, p. 127 s.; Planiol, *Note*, D., 95. 2. 201. — Trib. Avesnes, 13 juill. 1894, D., 95 2. 201. — *Contra :* Bressolles, *loc. cit.*, p. 42.

2152. Il se peut, du reste, que l'émolument qui revient aux successeurs universels ou à titre universel soit insuffisant pour acquitter la dette alimentaire : tous les legs particuliers doivent être alors réduits proportionnellement jusqu'à due concurrence, à moins que le défunt n'ait lui-même fixé l'ordre dans lequel cette réduction doit être opérée, auquel cas sa volonté doit être observée conformément à l'art. 927 C. civ. Les libéralités ne peuvent être, en effet, exécutées qu'après entier paiement du passif (1).

2153. Comment maintenant cette dette doit-elle être acquittée? Elle doit l'être, conformément au mode ordinaire prescrit pour son exécution, auquel la loi n'a pas dérogé ici, au moyen du service d'une pension alimentaire, dont les échéances sont déterminées par les parties, et, à leur défaut, par le juge (2). On avait eu, à la vérité, tout d'abord, l'intention de donner à l'époux survivant le droit plus fort de demander qu'un capital suffisant pour assurer le service de cette pension fût prélevé sur la succession, non point pour lui être attribué, car il n'a pas plus droit que tout autre créancier aux biens en nature, mais pour être placé de la façon qui paraîtrait la plus convenable. Mais ce fut finalement pour lui retirer ce droit que, dans la rédaction primitivement adoptée par la Chambre des députés, « le capital de la pension est prélevé sur l'hérédité », le Sénat (3) substitua les mots « pension alimentaire » au terme « capital ». Mieux eût valu, sans doute, ne plus parler alors de prélèvement, puisqu'il n'est susceptible de s'opérer que sous la forme exclue par la loi. Mais peut-être a-t-on voulu montrer, en persistant à en parler, que l'hérédité était diminuée en quelque sorte de toutes les sommes nécessaires au service de la pension, puisque le droit du créancier prime celui de toutes les personnes qui recueillent une part des biens héréditaires (4).

2154. Et néanmoins les circonstances offriront assez sou-

(1) Planiol, I, n. 912; Rimbeaud, *op. cit.*, p. 128.
(2) Planiol, I, n. 911; Rimbeaud, *op. cit.*, p. 126 s.
(3) Rapp. de M. Delsol, *J. off.*, Sénat, *Doc. parl.*, 1890, sess. extr., p. 13.
(4) Rimbeaud, *op. cit.*, p. 136. — Cpr. Planiol, I, n. 911, et p. 305, note 2; Souchon, *Rev. crit.*, 1891, XX, p. 239 s.

vent au conjoint survivant le moyen de se faire octroyer des garanties équivalentes à celles que la loi lui a refusées. Créancier de la succession pour les aliments qu'elle lui doit, il peut, comme tel, demander la séparation des patrimoines (art. 878 C. civ.), et, s'il y a des immeubles héréditaires, faire inscrire sur chacun d'eux le privilège de l'art. 2111. Après quoi il ne dépend que de lui de conserver indéfiniment ce privilège, ou de n'en donner mainlevée que tout autant que les intéressés consentent à assurer le service de la pension par le prélèvement d'un capital ou l'établissement de sûretés équivalentes (1).

2155. Le service de cette pension ne prend fin que par la mort de celui qui y a droit, ou par la décharge qu'obtiennent les débiteurs, lorsqu'il revient à meilleure fortune (art. 209). Cette décharge est d'ailleurs définitive, puisque les besoins dont la naissance est postérieure à l'ouverture de la succession ne permettent pas de réclamer des aliments (2).

2156. Mais la dette alimentaire ne s'éteint, ni par la mort des successeurs, puisqu'elle pèse moins sur eux personnellement que sur les biens qu'ils ont recueillis (3), ni même par le fait seul du convol du créancier : l'art. 205 ne contient pas de déchéance semblable à celle que prononce le nouvel art. 767, quant au droit d'usufruit, contre l'époux qui se remarie. Mais, comme son nouveau mariage est susceptible de lui procurer des ressources qui le mettent à l'abri du besoin et crée une obligation de secours à la charge de son conjoint, les débiteurs de la pension peuvent être, de fait, autorisés à en demander la décharge ou la réduction (4). Et, pour les motifs déjà indiqués, celles-ci seraient définitives, le besoin de l'époux survivant vînt-il à renaître, soit par la mort de son nouveau conjoint, soit par suite des revers de fortune qui atteindraient ce dernier. Au premier cas, d'ailleurs, il puise-

(1) Planiol, I, p. 305, note 2; Rimbeaud, *op. cit.*, p. 137; Bressolles, *loc. cit.* p. 45; Souchon, *loc. cit.*, p. 140.

(2) Rimbeaud, *op. cit.*, p. 137.

(3) Rimbeaud, *op. cit.*, p. 132 et 138.

(4) Huc, V, n. 136; Planiol, I, n. 915; Rimbeaud, *op. cit.*, p. 137; Bressolles, *loc. cit.*, p. 48

rait dans l'union qui vient de se dissoudre le même droit qu'il avait fait valoir du chef de la précédente (1).

§ III. *Des droits et des devoirs particuliers à chacun des époux.*

2157. Assujettis exactement aux mêmes devoirs de fidélité, de secours et d'assistance, les deux sexes doivent-ils, sous les autres rapports, être pareillement placés sur un pied de parfaite égalité dans le mariage? Peu de questions législatives sont aussi délicates (2). Car, s'il ne faut point, au nom d'une prétendue inégalité physique, intellectuelle ou morale, faire de l'un des époux, ainsi que le qualifiait Pothier, le « supérieur » de l'autre, et priver le ménage, par la plus hasardeuse des subordinations, d'une influence qui pouvait lui être salutaire, on doit craindre aussi d'en compromettre l'unité de direction en y laissant aux prises deux autorités rivales.

Certes, au point de vue idéal, il serait à désirer que l'homme pût abdiquer le pouvoir que les circonstances historiques lui ont jusqu'ici conféré. La nécessité de la protection proprement dite d'un être physiquement plus faible que lui disparaît presque, dans les sociétés vouées aux œuvres pacifiques. A mesure que la femme est appelée à participer davantage à ces œuvres, son rôle grandit dans la famille, alors qu'il était nul aux époques de conquête; et il grandit avec les capacités mêmes qu'une participation de plus en plus active développe en sa personne. En forçant l'accès des différentes professions qui lui étaient autrefois fermées, elle se fait reconnaître successivement toutes les aptitudes, naturelles ou acquises, qu'on lui déniait alors qu'elle était en tutelle. Chaque nouvelle affirmation de sa personnalité dans le champ économique, et même parfois dans la sphère politique, donne plus de poids à ses réclamations pour concourir à la direction de la famille.

(1) *Contra :* Bressolles, *loc. cit.*, p. 48.

(2) Cf. Stuart Mill, *L'assujettissement des femmes,* Paris, 1876; Starcke, *La famille dans les différentes sociétés,* Paris, 1899; Legrand, *Le mariage et les mœurs,* Paris, 1879; P. Gide, *Etude sur la condition privée de la femme,* Paris, 1867; Bridel, *Les droits des femmes et le mariage,* 1893; Franck, *Essai sur la condition politique de la femme,* Paris, 1892; Planiol, I, n. 923 et 924.

Alors que l'instruction et la pratique des affaires la rapprochent, de jour en jour, davantage de l'homme, et que souvent elle le dépasse par l'intelligence, l'habileté et la finesse, il lui paraît plus difficile d'accepter sans impatience le rôle subordonné que la loi lui laisse. Et il n'est point jusqu'à l'évolution des organismes constitutionnels qui ne puisse sembler favoriser ses ambitions! Car pourquoi voudrait-on que le gouvernement absolu fût nécessaire à la conduite de la famille, alors qu'on lui confie de moins en moins la destinée des peuples? Pourquoi la femme ne pourrait-elle pas légitimement contribuer, au foyer, à l'administration de la chose commune, alors que tous les citoyens y ont part dans le pays? Supposerait-on que l'antagonisme entre époux serait plus grand ou plus irréductible que ne le sont les luttes des partis? Or, si l'on prétend que l'intérêt collectif trouve généralement sa satisfaction dans les inspirations et les décisions de la masse, celui de la famille gagnerait aussi à ce que la voix de la femme s'élevât à côté de celle du mari. La communauté d'existence préparerait d'ailleurs, le plus habituellement, une communauté de vues, à laquelle répondrait la communauté des intérêts. La communauté des droits dans le gouvernement de la maison ne serait donc que le couronnement de toutes les autres. Mais elle aurait, par surcroît, cet avantage de moraliser l'influence de l'épouse, par cela seul qu'elle la légaliserait, c'est-à-dire qu'elle lui donnerait le moyen de se faire sentir ouvertement et la dispenserait de se dissimuler. D'autre part, en faisant des conjoints deux égaux, elle rendrait plus complète et plus intime la pénétration réciproque de leurs existences, car, sous le régime de l'inégalité, le pouvoir du mari risque, même à son insu, de devenir égoïste ou despotique, et la subordination de la femme d'en faire tantôt une véritable sujette, et tantôt une révoltée.

Mais, quoi qu'on pense en théorie de cette thèse, il faut bien en voir les conséquences en législation. « Le droit de déterminer le lieu où doit résider la famille, constate un des auteurs qui lui sont le plus favorables (1), le pied sur lequel

(1) Starcke, *op. cit.*, p. 169.

on doit vivre, la manière dont la vie journalière doit être organisée et l'autorité sur les enfants, sont toutes choses exigeant une solution et finalement pour cette raison devant dépendre d'un seul individu. » D'un autre côté, il y a beaucoup d'autres décisions à prendre, relativement à des actes d'administration ou de disposition, à l'exercice d'une profession, en un mot à toutes les actions qui constituent la vie d'un ménage. Or comment cette vie sera-t-elle réglée ? On n'aperçoit, à cet égard, que deux systèmes possibles.

Ou bien, comme le propose Stuart-Mill (1), « les choses devant être décidées chaque jour, ne pouvant pas être ordonnées peu à peu ou attendre pour être résolues d'un commun accord, doivent dépendre d'une seule volonté. Une seule personnalité doit résoudre ces difficultés, mais il ne s'ensuit pas pour cela que cette personnalité doive toujours être la même. La manière naturelle d'organiser les choses est le partage du pouvoir entre les deux parties en ce que chacune d'elles conserve la direction absolue de ce qui la concerne, et que tout changement de système ou de principe exige le consentement de l'une et de l'autre. » Mais, sous prétexte d'égalité, ce système risquerait d'introduire l'anarchie dans la famille; sous couleur d'accroître la communauté d'existence, de faire de chaque époux son propre maître, en tant qu'il serait libre d'agir à sa guise; et à l'inverse, tout en poursuivant l'émancipation de l'un d'eux, de les rendre étroitement dépendants l'un de l'autre, en tant que certains actes exigeraient leur mutuel consentement. Enfin, dans la même mesure, lorsqu'une des volontés serait obstinément rebelle, la famille serait condamnée à l'inaction, au *statu quo,* au piétinement.

Ou bien ce serait alors au magistrat à départager ces volontés rivales. Mais la bonne harmonie de l'union conjugale ne saurait s'accommoder de ces décisions judiciaires, qui aggraveraient les conflits qu'elles trancheraient, par cela même qu'elles les rendraient publics et qu'on ferait intervenir un pouvoir étranger à la famille, seule compétente, au reste, pour les résoudre.

(1) *Op. cit.*, p. 77.

Sans asservir l'un des conjoints à l'autre, au nom du droit du plus fort, et tout en les appelant à délibérer en commun sur leurs intérêts moraux ou pécuniaires, on peut donc comprendre que la loi ait placé dans les mains de l'un d'eux les rênes du gouvernement et assuré la prépondérance de sa volonté. Cette magistrature domestique vaut bien, semble-t-il, celle que M. Laurent (1) aurait voulu lui substituer, au risque de ruiner la paix du ménage. Et du moment qu'on en admettait le principe, on ne pouvait, ni abandonner aux époux la liberté de l'organiser à leur fantaisie et d'en investir tantôt la femme et tantôt le mari, ni dessaisir légalement ce dernier, au profit de son épouse, d'un rôle pour lequel son habitude des affaires l'a toujours, jusqu'ici, désigné naturellement. L'expérience a prouvé, d'ailleurs, que la suprématie légale n'assurait point nécessairement à l'homme la domination de fait, et que le sexe subordonné n'était pas incapable, non seulement de se protéger avec succès contre les abus de pouvoir de l'autre, mais encore d'exercer sur lui sa légitime influence. Et enfin la femme trouve dans le recours aux tribunaux, qui lui reste toujours ouvert, une suprême ressource, sinon, comme on l'a demandé, un moyen normal de faire prévaloir sa volonté sur celle du mari.

Il n'est donc point démontré qu'en consacrant le principe de l'autorité maritale, le code civil ait compromis l'avenir du mariage et de la famille, et qu'en le répudiant, comme beaucoup l'ont fait, les lois modernes n'aient pas introduit dans celle-ci un germe de discorde et désunion (2). Mais autre chose est d'accepter le principe, et autre chose d'approuver toute la mesure dans laquelle il a été appliqué par le code civil, notamment en ce qui concerne l'incapacité de la femme mariée, qui en est l'une des plus importantes applications. Il est certain, au contraire, que cette incapacité, telle qu'il l'avait organisée, était beaucoup trop étendue. En la réduisant aux actes les plus importants de la vie civile, à ceux qui mettent

(1) III, n. 82 et 83.

(2) Une proposition de loi de M. Beauquier, déposée à la Chambre des députés le 27 novembre 1906 (*Lois nouvelles*, 1907. 2. 5), tend à la suppression totale de l'incapacité de la femme mariée.

réellement en jeu les intérêts essentiels de la famille, en laissant, d'autre part, à l'activité économique de la femme un domaine où elle pourrait librement se mouvoir, en lui abandonnant notamment, au moins dans certaines limites, le droit de disposer toute seule des gains qu'elle doit à son travail ou à son industrie, il fallait lui permettre, à la fois, de faire l'apprentissage de l'indépendance et d'assurer son sort par ses propres forces, sans avoir à compter avec les caprices ou les vices du mari. Du reste, à vrai dire, c'était bien plutôt fortifier qu'affaiblir, en la renfermant dans ses limites rationnelles, l'autorité dont on avait fait la base de l'organisation domestique. Aussi bien l'évolution sociale et économique est-elle venue dicter à la loi une série de dispositions qui ont commencé à consommer l'affranchissement de la femme mariée, dans ce qu'il a de raisonnable et de compatible avec les intérêts généraux de la famille, et accorder au mouvement féministe les satisfactions qu'il était impossible de lui refuser davantage, comme le prouve assez l'aide précieuse qu'il a trouvée parmi les jurisconsultes eux-mêmes.

2157 *bis*. Il convient d'étudier successivement la règle générale de l'art. 213, qui fixe la situation respective des époux dans le ménage, avec la conséquence qu'en tire l'art. 214, quant au devoir de cohabitation, et les règles relatives à l'autorité maritale, qu'organisent les art. 215 et suivants.

I. *De la situation respective des époux dans le mariage.*

2158. Dans la société conjugale, notre loi confère la primauté au mari. Non que la femme soit tenue de lui obéir, ainsi que semblent l'énoncer les formules de saint Paul, « *vir caput est mulieris* » et « *mulieres viris suis subditæ sint* », en vertu d'une supériorité naturelle qu'il tiendrait de son sexe, mais bien parce qu'un partage d'autorités serait, comme on l'a cru, fatal aux intérêts à sauvegarder, et que l'homme est naturellement qualifié pour cette mission de sauvegarde. De là l'art. 213 : « *Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari.* » Et, comme il y a là une des bases de l'organisation de la famille, il est certain que les époux ne

pourraient aucunement, par un acte de leur volonté, modifier la situation que leur fait cette disposition, essentiellement d'ordre public (arg. art. 6 et 1388).

2159. Il serait du reste assez difficile de préciser à quoi l'oblige le devoir de protection du mari vis-à-vis de la femme. En tant qu'il consiste à lui donner des conseils (1), il s'impose pareillement à celle-ci, et on cherche quels sont les bons offices qu'elle pourrait en espérer, sans être tenue, le cas échéant, de s'en acquitter envers lui. Aussi cette première partie de la proposition de l'art. 213, sans qu'on puisse dire *a priori* qu'elle est dénuée de toute portée, semble-t-elle surtout faire antithèse à la seconde, qui commande l'obéissance à la femme (2).

2160. Le mari puise évidemment dans cette disposition la faculté de régler le genre d'existence de sa femme et de la famille. Il y puise également celui de surveiller les relations personnelles de sa femme, et même sa correspondance (3). Mais il ne peut cependant pas en user pour priver son épouse de droits qu'elle tient elle-même de la loi. C'est ainsi que, s'il a la liberté comme chef du ménage et comme père, de déterminer la religion des enfants communs, il ne saurait évidemment empêcher la femme de pratiquer la sienne, et lui ravir de la sorte un droit qu'elle doit conserver dans son intégrité, malgré son état de subordination. Effectivement la prééminence n'appartient au mari qu'en ce qui concerne

(1) Le mari n'est pas tenu de veiller à ce que sa femme ne commette pas d'acte dommageable. En conséquence, il n'est pas pécuniairement responsable de ceux qu'elle a accomplis, s'il n'a lui même accompli un fait personnel de négligence ou d'imprudence, dans les termes du droit commun. — Req. rej., 21 oct. 1901, D., 1901. 1. 524. — Nancy, 8 nov. 1902, D., 1906. 2.297, et note. — Cpr. Perreau, *Rev. crit.*, 1902, p. 408. — Il y a exception en matière de délits forestiers ou de pêche. Art. 206 C. forestier et 74 de la loi du 15 avril 1829.

(2) Cpr. Beudant, I, n. 312.

(3) Planiol, I, n. 920-4°. — Sur les limites de son droit quant à la correspondance, cf. Planiol, *loc. cit.* Cf. également Civ. cass., 13 juill. 1897, D., 1900. 1. 44. — Req. rej., 5 fév. 1900, S., 1901. 1. 17, note de M. Naquet, D., 1901. 1. 45, note. — Orléans, 19 mai 1900, D., 1903. 2. 389. — Rouen, 7 mai 1904 (motifs), D., 1906. 2. 63. — On peut encore rattacher à la situation prééminente que l'art. 213 fait au mari, le droit qu'il faut lui reconnaître d'interdire à un photographe d'exposer le portrait de sa femme sans sa propre autorisation. Cf. Trib. paix Alger, 2 mars 1905, D., 1905. 5. 2.

les intérêts collectifs de la famille : elle ne saurait donc lui servir à porter atteinte aux droits individuels de son conjoint (1).

2161. On ne saurait admettre au surplus que, même dans la sphère où elle peut s'affirmer, l'autorité du mari soit absolument souveraine et affranchie de tout contrôle. Le gouvernement qui lui est confié, comme au plus apte, ne doit point dégénérer en despotisme, et la dépendance de la femme en servilité. Elle pourrait donc, suivant l'opinion commune (2), en appeler aux tribunaux des abus de pouvoir de son mari. Mais l'intervention du juge ne serait légitime qu'autant que ces abus seraient nettement caractérisés, car elle ne doit point aboutir à dépouiller le chef de famille de l'autorité dont la loi l'a revêtu, et à remettre à tout instant en discussion tout ce qu'il a qualité pour décider.

II. *Du devoir de cohabitation.*

2162. L'obligation de la vie en commun est une des plus naturelles que le mariage impose aux époux. Aussi l'art. **214** établit-il pour eux l'unité de résidence, comme l'art. **108** l'unité de domicile (3). Et c'est au mari, à raison de son rôle de direction, qu'il appartient de fixer le siège de l'une et de l'autre. « *La femme,* dit l'art. **214**, *est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider : le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état.* » Ainsi l'obligation pour la femme de vivre sous le même toit que son conjoint est corrélative du droit qu'elle a d'être traitée au domicile commun avec tous les égards auxquels son titre lui permet de prétendre (4), et d'y mener un

(1) Cpr. Fuzier-Herman, art. 213, n. 1 s. — Trib. Seine, 13 janv. 1870, S., 70. 2. 158, D., 70. 3. 40. — Chambéry, 4 mai 1872, S., 73. 2. 217, D., 73. 2. 129. — Nîmes, 6 janv. 1880, S., 81. 2. 54, D., 80. 2. 191. — Sur la disparition du droit de correction maritale, cf. Planiol, I, n. 922.

(2) Aubry et Rau, V, § 471, p. 134, n. 1; Planiol, I, n. 920-4°. — Trib. Seine, 13 janv. 1870, précité.

(3) Sur une conséquence de ce principe, cf. Req. rej., 20 nov. 1905, D., 1906. 1. 21.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 137, n. 12.

genre de vie en rapport avec la situation de fortune des deux époux (1).

2163. Mais, sous cette condition, cette obligation est absolue (2). Elle ne saurait s'y soustraire sous prétexte que son mari veut aller habiter à l'étranger (3). Il en était différemment dans notre ancien droit, par ce motif disait Pothier (4), que la femme « doit encore plus à sa patrie qu'à son mari », et le projet du code contenait une disposition conforme à ces précédents. Mais elle fut supprimée sur les protestations du premier consul, qui demanda qu'on laissât à la règle une portée absolument générale (5). Ne serait-il point déraisonnable, en effet, que la femme pût se refuser d'accompagner son mari, alors qu'il s'expatrie d'ordinaire pour le profit commun ? Or, s'il n'est pas possible, d'autre part, de lui laisser le soin de juger les motifs de cette expatriation, elle doit s'y soumettre, d'autant mieux que, à la différence de ce qui se produisait autrefois, son éloignement de son pays ne saurait plus exercer d'influence sur sa propre nationalité.

2164. La femme, toutefois, serait relevée de son obligation, d'abord au cas où l'émigration serait défendue par la loi, car

(1) Si la femme doit suivre le mari partout où il juge à propos de résider, le mari jouit, *a fortiori*, du droit d'être partout où se trouve sa femme. Toutefois, il doit être censé y avoir implicitement renoncé, quand il a autorisé sa femme à entrer dans une administration publique, à accepter un emploi commercial ou à contracter un engagement théâtral, si les règlements de la profession qu'il a autorisée sont incompatibles avec ce droit. En particulier, il a été jugé qu'il ne peut pénétrer à tout moment dans la loge de sa femme, qu'il a autorisée à contracter un engagement théâtral, si cette loge ne lui est pas personnelle ou s'il faut passer, pour s'y rendre, dans les coulisses ou dans tout autre endroit du théâtre interdit au public. Montpellier, 7 nov. 1902, S., 1903. 2. 101, D., 1904. 2. 254. — Cpr. Perreau, *Rev. crit.*, 1903, p. 214.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 136, n. 9; Demolombe, IV, n. 91 et 93; Laurent, III, n. 86; Vazeille, II, n. 293 s.; Fuzier-Herman, art. 214, n. 3 s.; n. 34 s. — Cpr. Duranton, II, n. 437; Duvergier, *Rev. crit.*, 1866, XXVIII, p. 316. — Caen, 8 avril 1851, S., 51. 2. 720, D., 52. 2. 127. — Civ. cass., 27 janv. 1874, S., 74. 1. 214, D., 74. 1. 140. — Alger, 3 févr. 1879, S., 80. 2. 318.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 134, n. 2; Demolombe, IV, n. 90; Demante, I, n. 297 *bis*, I; Toullier, II, n. 616; Duranton, II, n. 435; Proudhon, I, p. 452; Delvincourt, I, p. 79, note 5; Marcadé, I, art. 214-II, n. 726; Laurent, III, n. 86; Huc, II, n. 235; Planiol, I, n. 920 5°; Beudant, I, n. 313; Vazeille, II, n. 290; Fuzier-Herman, art. 214, n. 1 s.

(4) *Op. cit.*, n. 382; *Puissance du mari*, n. 1.

(5) Locré, *Lég.*, IV, p. 393, art. 2; *Disc. au C. d'Et*, p. 395 et 396, n. 32.

elle ne peut être contrainte de s'associer à la violation de celle-ci, dont la disposition spéciale doit l'emporter sur la règle générale de notre article (1).

Elle paraît ensuite devoir en être relevée lorsque le mari veut mener une vie errante et vagabonde et ne se fixe nulle part, car il n'a plus alors cette résidence que lui suppose l'art. 214. Cette décision, admise déjà dans notre ancien droit (2), doit l'être pareillement aujourd'hui : la femme ne peut pas être condamnée à porter avec son mari le poids des caprices et de la bizarrerie de caractère qui l'empêchent de se trouver bien en aucun endroit (3).

Cette obligation ne saurait non plus, à notre sens, permettre à son mari de lui imposer un déplacement de nature, étant donné son état de santé, à mettre ses jours en danger (4). Ce n'est point, sans doute, qu'il suffirait à la femme d'alléguer vaguement, pour s'y refuser, que le climat du lieu de cette nouvelle résidence ne lui est pas favorable, ou qu'il règne en ce lieu une maladie contagieuse, et dans cette mesure la décision de Pothier (5) se justifie pleinement. Mais du moins devrait-elle être écoutée, si elle établissait vraiment que ce changement de résidence risque de lui être fatal. Le mari, qui s'entêterait à le lui faire subir, la traiterait-il d'ailleurs elle-même avec les égards qui lui sont dus?

2165. Cette obligation cesse enfin, d'une façon générale, lorsque le mari manque gravement, de son côté, à ses devoirs envers la femme : car, si elle est tenue d'habiter avec lui, il est corrélativement obligé de la recevoir au domicile conjugal d'une manière digne d'elle. Or il manque à tout ce qu'il doit, lorsqu'il lui fait essuyer de mauvais traitements, qu'il ne lui offre pas un logement convenable eu égard à ses facultés et à son état, qu'il exerce une profession déshonnête, ou qu'il prétend lui imposer la compagnie d'une concubine ou la pré-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Demolombe, IV, n. 91; Huc, *loc. cit.*, et les autorités citées p. 703, note 3.

(2) Ferrière, *Dict. de dr. et de prat.*, I, v° *Femme mariée.*

(3) Demolombe, IV, n. 95; Huc, *loc. cit.*; Planiol, 1, n. 920-5°.

(4) Cpr. Demolombe, IV, n. 93.

(5) *Tr. du contr. de mariage*, n. 383.

sence de personnes qui ne respectent pas son épouse (1). Et, de même, il y a contradiction de sa part à vouloir astreindre celle-ci à la vie commune, et à la confiner dans des appartements séparés de ceux qu'il occupe. La femme ne saurait être évidemment obligée d'accepter toutes ces humiliations, qui constituent autant d'atteintes aux droits positifs qu'elle tient du mariage. Peut-être aurait-on pu ne lui permettre de reprendre la liberté du choix de sa résidence que par la voie de la séparation de corps ou du divorce. Mais nous pensons avoir déjà établi que la loi n'a pas cru, et à juste titre, devoir la réduire à cette extrémité.

2166. Quelle est la sanction des obligations imposées à chaque époux par l'art. 214? La loi ne l'a pas dit, et doctrine et jurisprudence ont quelque peine, encore aujourd'hui, à le préciser. D'une part, on est porté à autoriser l'emploi de tous les moyens de coercition susceptibles de procurer le respect de ces conséquences de la foi conjugale; sinon on s'en remet à la discrétion et au caprice des conjoints du soin de remplir leur devoir, et il n'y a plus que la menace de la séparation de corps ou du divorce qui puisse les y ramener. Mais, d'autre part, on hésite beaucoup aussi à porter atteinte, soit à la liberté de la personne, même en vertu d'un ordre de justice, alors qu'il ne s'agit point de l'exécution d'une peine, soit aux droits qu'elle puise dans ses conventions matrimoniales ou dans sa qualité de propriétaire, et à étendre à un droit aussi particulier les sanctions qui n'ont été formellement attachées par la loi qu'aux droits de créance. De là l'embarras des auteurs et des juges.

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Mari*, § 2, n. 1; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 136, n 10; Demolombe, IV, n. 95-99; Demante, I, n. 297 *bis*, II; Duranton, II, n 437; Toullier, XIII, n. 110; Laurent, III, n. 87; Huc, II, n. 236; Planiol, I, n. 897; Surville, I, n. 195-2°; Vazeille, II, n. 296 s.; Allemand, II, n. 922; Fuzier Herman, art. 214, n. 39 s.; O. Barrot, *Encycl. jur.*, v° *Abandon d'époux*. — Req. rej., 12 janv. 1808, S., 08. 1. 145, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 749. — Civ. rej., 26 janv. 1808, S., 8. 2. 1195, D., *eod. loc.* — Civ. rej., 9 janv. 1826, S., 26. 1. 262, D., 26 1. 121. — Civ. cass., 20 janv. 1830, S., 30. 1. 99, D., 30. 1 60. — Req. rej., 20 nov. 1860, S., 61. 1. 965, D., 61. 1. 305. — Req. rej., 2 janv. 1877, S., 77. 1. 257, rapp. de M. Onofrio et note, D., 77. 1. 162. — Pau, 8 mai 1890, S., 91. 2. 3. — Douai, 20 mars 1901, D., 1902. 2. 188. — Bastia, 20 mai 1902, S., 1903. 2. 104, D., 1904. 2. 231. — Caen, 30 juin 1903 (sol. impl.), D., 1904. 5. 416.

2167. Certains ne craignent pas d'invoquer la discussion qui s'est produite au conseil d'Etat, pour soutenir que le juge a un pouvoir discrétionnaire, quant au choix des moyens d'assurer l'observation de la loi (1). Comme on cherchait ceux dont l'emploi serait autorisé, de la part du mari, pour obliger sa femme à le suivre à l'étranger, Boulay affirma que « toutes ces difficultés doivent être abandonnées aux mœurs et aux circonstances » (2) Mais il faudrait autre chose que cette expression d'une opinion individuelle, pour légitimer tous les procédés de coercition auxquels le juge croirait devoir recourir. Et qui voudrait, notamment, lui reconnaître la faculté d'ordonner que la femme soit enfermée dans un couvent, jusqu'à ce qu'elle consente à réintégrer le domicile conjugal, ou, faute par elle de le faire, que ses biens soient vendus au profit du mari? Si les pouvoirs des magistrats ne vont pas jusque-là, quelque étendus qu'on les dise, c'est qu'ils rencontrent dans le droit commun des limites qu'ils ne sauraient franchir, et que, loin d'être arbitraires en l'espèce, comme on le prétend, ils n'autorisent que l'usage des moyens d'exécution forcée légalement compatibles avec la nature spéciale de l'obligation. Et toute la question revient, dès lors, à déterminer quels sont ces moyens (3).

2168. Or, en ce qui concerne la femme qui a quitté le domicile conjugal, il est certain, tout d'abord, que le mari peut lui refuser tout secours pécuniaire, tant qu'elle persiste à en demeurer éloignée, et ce sur les revenus des biens propres de celle-ci dont il a l'administration et la jouissance comme sur les autres (4). Ce procédé de coercition est le seul dont la légalité ne soit pas contestable (5), car, si le mari doit pour-

(1) Demolombe, IV, n. 100. — Aix, 23 mars 1840, S., 40. 2. 474, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 762. — Req. rej., 26 juin 1878, S., 79. 1. 176, D., 79. 1. 80. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 214, n. 14.

(2) *Disc. au C. d'Etat*, Locré, *Lég.*, IV, p. 396, n. 32.

(3) Laurent, III, n. 39. — Cpr. Duranton, II, n. 439.

(4) Aubry et Rau, V, § 471, p. 134 et 135. n. 3; Demolombe, IV, n. 104; Demante, I, n. 297 *bis*, III; Duranton, II, n. 438; Delvincourt, I, p. 79, note 4; Laurent, III, n. 90; Huc, II, n. 237; Planiol, I, n. 895-2°; Surville, I, n. 195-2°; Beudant, I, n. 313; O. Barrot, *op. cit.*, art. 1, n. 5. — Dijon, 4 févr. 1888, D., 89. 2. 243.

(5) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég., loc. cit.*

voir à l'entretien de son épouse, ce ne peut être qu'au foyer commun, lorsqu'il n'en a pas rendu par son fait le séjour impossible. Peut-être même serait-il admis à retenir le vestiaire de sa femme, lorsque du moins ce n'est point elle qui en a fait personnellement les frais (1).

2169. Mais cette sanction peut être d'une application impossible ou demeurer inefficace, si la femme dispose, grâce à ses conventions matrimoniales, de ressources suffisantes, ou trouve, dans les subsides qu'on lui offre d'autre part, le moyen de prolonger sa résistance. Le mari peut-il alors, pour essayer de la vaincre, se faire autoriser par justice à saisir les revenus personnels de la femme?

Qu'il puisse l'obtenir, afin de se procurer le paiement des sommes qu'elle est tenue de verser entre ses mains pour sa part contributoire dans les dépenses du ménage (art. 1448, 1537 et 1575), c'est certain (2). Mais on peut fortement douter, en dépit de la jurisprudence et des autorités qui l'approuvent, qu'il le puisse encore, en dehors de cette circonstance. Toute saisie suppose l'existence d'un droit dont elle a pour objet d'assurer l'exercice, en enlevant au débiteur la disposition de ses biens et en préparant son expropriation. Où est ici la créance dont la saisie se proposerait d'assurer le paiement, et quel rapport y a-t-il entre l'obligation dont la femme veut s'affranchir et le procédé de contrainte dont le mari veut user? La vérité est qu'il s'agit, non de saisie proprement dite, mais d'une mise sous séquestre. Mais on cherche au nom de quel principe la justice pourrait l'ordonner, alors qu'il n'y a ni litige qui concerne les biens, ni procédure criminelle qui justifie une mesure aussi grave. Vainement se prévaut-on du prétendu pouvoir discrétionnaire du juge. Aucun texte ne lui a permis de recourir à des voies d'exécution qui ne sont pas dans la nature des choses. Propriétaire de ses biens, tirant, par hypothèse, de son contrat de mariage le droit d'en jouir, la femme ne saurait être privée de cette faculté par une décision judiciaire, qui, sous prétexte

(1) *Contra :* Toulouse, 24 août 1818, S., 21. 2. 249, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 757.
(2) Laurent, III, n. 91. — Paris, 27 janv. 1855, S., 55. 2. 142, D., 55. 2. 208. — Bordeaux, 3 janv. 1882, S., 82. 2. 126.

d'assurer le respect de la loi et la sauvegarde des droits du mari, commencerait par en méconnaître d'autres tout aussi incontestables, alors qu'il n'existe aucune relation entre eux qui permette, en paralysant ceux-ci, de procurer directement l'exercice de ceux-là (1).

2170. A plus forte raison, et de l'avis commun, le mari ne pourrait-il se livrer à des actes de dilapidation et de représailles sur les biens de son épouse, ou demander sa déchéance des avantages que lui confèrent les conventions matrimoniales. L'ancien droit lui même, qui la privait de son douaire lorsqu'elle avait abandonné son conjoint sans cause légitime, n'autorisait pas ces voies de contrainte (2), et on s'accorde à reconnaître qu'elles ne sont pas plus licites aujourd'hui (3). Mais n'est-ce donc point aussi déroger à ces conventions que de retirer à la femme la jouissance qu'elles lui accordent?

2171. Le mari ne pourrait-il pas du moins faire condamner son épouse à réintégrer le domicile conjugal, à peine de payer des dommages-intérêts par chaque jour de retard? Nous ne le pensons pas davantage, et cette opinion est même celle de quelques auteurs pour qui la saisie des revenus est légitime (4). C'est qu'on s'écarte, en effet, de plus en plus, dans la

(1) Duranton, II, n. 438 s.; Ducaurroy. Bonnier et Roustain, I, n. 367; Laurent, *loc. cit.*; Huc, II, n. 237; O Barrot, *op. cit.*, art. 1. n 3 — Pau, 11 mars 1863, S., 63. 2. 97, D. 63. 2. 193. — *Contra :* Aubry et Rau, V, § 471, p. 135, n. 6; Demolombe, IV. n. 105; Demante. *loc cit.*; Delvincourt, I, p. 79, note 4; Marcadé, I, art. 214 II, n 726; Planiol, I, n. 895-2°; Beudant, I, n. 313; Vazeille, II, n. 291; Chardon. *Puiss. mar*, n. 12 s ; Fuzier-Herman, art. 214, p. 18 s. — Riom. 13 août 1810, S , 13. 2. 239 D , *Rép.*, v° *Mariage*, n. 759. — Toulouse. 24 août 1818, S.. 21 2. 249, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 758. — Aix, 29 mars 1831, S.. 33. 2. 92. D.. 33. 2. 66. — Colmar, 10 juill. 1833, S , 34. 2. 127, D., 34. 2. 105. — Paris, 14 mars 1834, S., 34 2. 159, D , 34. 2. 143. — Paris. 27 janv. 1855, précité. — Nîmes. 20 févr. 1862, S., 63. 2. 161. D., 63. 2. 194. — Trib. Lyon, 19 mars 1870, D., 71 5 258. — Bordeaux, 3 janv. 1882, S., 82. 2. 126.

(2) Pothier. *Du douaire*, n. 257; Merlin. *Quest.*, v° *Dot*, § 5.

(3) Demolombe, IV, n. 101 et 103; Duranton, II, n. 437; O Barrot, *Encycl. jur.*, v° *Aband. d'epoux*, art. 1, n. 1; Fuzier-Herman, art. 214, n. 25. — Colmar, 4 janv. 1817, S., 18 2 123, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n 755. — *Contra :* Chardon, *op. cit*, n. 15 s. — Bourges, 17 mai 1808, S. chr., II, 2. 389, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 755. — Bourges, 14 juill. 1811, S., chr., III, 2. 524, D., *eod. loc.* — Cpr. Poitiers, 15 août 1836, S., 36. 2. 461.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p 135. n. 5; Laurent, III, n. 92; Huc, II, n 237; Beudant, I, n. 313; O. Barrot, *op. cit.*, art. 1, n. 2 et 3. — Colmar, 4 janv. 1817,

doctrine opposée, des principes relatifs à l'exécution forcée des obligations. On ne trouve point ici de créance à laquelle on puisse songer à appliquer les règles des art. 1142 et 1149, mais seulement un droit d'une nature propre, et qui n'est même pas un droit de puissance, comme le qualifient MM. Aubry et Rau, puisqu'il appartient à chacun des époux. Et comment d'ailleurs arbitrer sérieusement, en se conformant à ces règles, le préjudice que cause la violation d'un droit pareil? En réalité, sous couleur de dommages-intérêts, c'est une véritable amende qu'on prononce contre l'époux récalcitrant : est-ce en vertu du principe « *nulla pœna sine lege* »? Dans l'impossibilité où il serait, en effet, d'évaluer exactement le dommage, le juge déterminerait arbitrairement l'étendue de la condamnation, alors qu'il lui est défendu de l'exagérer pour réduire plus sûrement toutes les résistances (1).

2172. La force publique est-elle enfin susceptible d'être employée pour ramener la femme au foyer qu'elle a déserté? Les auteurs sont très partagés à cet égard, et la jurisprudence, qui, jusqu'à ces derniers temps, consacrait assez fermement l'affirmative, semble éprouver maintenant les hésitations de la doctrine. Nous inclinons, pour notre part, à adopter la négative (2).

précité. — Colmar, 10 juill. 1833, précité. — Pau, 11 mars 1863, précité. — *Contra :* Demolombe, IV, n. 106; Duranton, II, n 439; Planiol, I, n. 895-2°; Fuzier-Herman, art. 214, n. 15 s. — Nîmes, 20 fév. 1862, précité. — Req. rej., 26 juin 1878, S., 79. 1. 176, D., 79 1. 80. — Besançon, 29 juill. 1890, *La Loi*, 18 avril 1891. — Cass. belg., 18 mai 1899, D., 1900. 2. 161.

(1) Cf. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, 3e éd., 1906, I, n. 440.

(2) Duranton, II, n. 440; Delvincourt, I, p. 79, note 4; Duvergier sur Toullier, II, n. 616, note 1; Laurent, III, n. 93; Huc, II, n. 238; Allemand, II, n. 925; Chardon, *Puiss. marit.*, n. 10 s — Bourges, 14 juill. 1811, précité. — Toulouse, 24 août 1818, précité. — Colmar, 10 juill. 1833, précité — Aix, 22 mars 1884, S., 84. 2. 93. — Cpr. Trib. Quimper, 15 mars 1905, S., 1905. 2. 252, D., 1905. 5. 37. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 135, n. 7 et 8; Demolombe, IV, n. 107; Demante, I, n. 297 *bis*, III; Toullier, XIII, n. 109; Valette sur Proudhon, I, p. 453, note *a*, et *Explic. somm.*, p. 117; Marcadé, I, art. 214-II, n. 726; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 367; Planiol, I, n. 894; Surville, I, n. 195; Beudant, I, n. 313; Vazeille, II, n. 291; O. Barrot, *op. cit.*, art. 2, n. 6 s.; Troplong, *Contrainte par corps*, n. 258; Coin-Delisle, sur l'art. 2063, n. 4; Fuzier-Herman, art. 214, n. 26 s. — Paris, 29 mai 1808, S., 08. 2. 199, D., *Rép.*, *Mariage*, n. 762. — Colmar, 4 janv. 1817, précité. — Nancy, 11 avril 1826, S., 26. 2. 200, D., *Rép.*, *eod. loc.* — Req. rej., 9 août 1826, S., 27. 1. 88, D., 26. 1. 447. — Aix, 29 mars 1831, précité. —

Ce n'est point qu'en mettant la *manus militaris* au service du mari, l'opinion opposée violât, comme on l'en a parfois accusée, l'art. 2063, qui défendait au juge de prononcer la contrainte par corps en dehors des cas spécifiés par la loi, avant qu'elle eût été abolie en matière civile et commerciale par la loi du 22 juillet 1867. Il n'y a rien de commun entre la contrainte proprement dite, qui aboutit à l'incarcération du débiteur, et l'emploi de la force publique, qui n'a d'autre objet que d'astreindre la femme à revenir à son domicile, où elle retrouve, sitôt rentrée, toute sa liberté. Ce n'est pas non plus que nous considérions le recours à cette mesure comme attentatoire à la liberté individuelle. Si les personnes mêmes échappent le plus ordinairement aux actes de coercition, elles le doivent, non point à de prétendues immunités, qui ne leur ont été reconnues nulle part, mais à ce que cette coercition resterait impuissante à procurer l'exécution de leurs engagements. Et, à vrai dire, même si on y recourait, ce serait l'existence de ces derniers, bien plus que le procédé employé pour les leur faire remplir, qui porterait atteinte à leur indépendance. Ce n'est même pas que nous jugions que le recours à la force publique doive rester presque toujours inefficace. Car, outre qu'il se pourrait qu'une menace pareille ramenât la femme à de meilleurs sentiments, ou que son exécution l'arrachât aux mauvaises influences qui la dominaient, c'est sa légalité, et non son efficacité réelle, qui se trouve en cause.

Mais, d'abord, on peut tout au moins soutenir que le moyen n'est nullement adéquat au but à atteindre. La force publique peut bien reconduire la femme au domicile conjugal : elle ne peut pas l'y retenir, et son conjoint pas davantage, en usant de violence ou en la tenant en chartre privée. Or ce n'est point son retour, mais son séjour sous le même toit, la reprise de la vie commune, qu'il est en droit de réclamer. Et la contrainte physique reste impuissante à les lui faire obtenir. Ensuite et surtout il nous paraît que le droit commun n'au-

Dijon, 25 juill. 1840, S., 40. 2. 291, D., 40. 2. 224. — Paris, 31 mars 1855, S., 55. 2. 494, D., 55. 2. 284. — Nimes, 20 fév. et 10 juin 1862, S., 63. 2. 161, D., 63. 2. 193. — Pau, 11 mars 1863, précité. — Trib. Saintes, 18 juill. 1876, *Le Droit*, 21 oct. — Trib. Seine, 15 janv. 1881, *Le Droit*, 16 janv.

torise pas, en pareil cas, l'appel à la force publique, comme s'il s'agissait de se faire mettre en possession de « la chose » qu'on revendique ou de « la personne » qu'en se mariant la femme a promise à son époux. De telles assimilations sont trop matérialistes, pour qu'elles soient vraies d'un contrat dont l'objet est d'associer deux existences et de fonder une famille. Si du reste elles l'étaient, on devrait admettre que, muni du jugement qui ordonne à la femme de réintégrer la maison conjugale, le mari peut *de plano* mettre en mouvement les agents de l'autorité, alors qu'on lui impose de s'en faire préalablement octroyer la permission par le juge. N'est-ce donc point que ce recours aux moyens coercitifs n'est pas la sanction naturelle de l'obligation dont il réclame l'accomplissement, et que seul le pouvoir discrétionnaire du tribunal serait apte à le légitimer? Mais nous ne voyons nulle part que le juge ait été investi de ce pouvoir. Et ce qui montre de plus en plus combien cette sanction serait anormale, c'est qu'on ne songe même pas à permettre à la femme d'en user envers le mari qui, sans prétendre transporter ailleurs le domicile commun, se refuserait à y rentrer tant que celle-ci y demeurerait elle-même. Pourquoi cette différence, puisque le même devoir lie de la même façon les deux époux, et que le mari n'a d'autre privilège que de choisir le lieu de la résidence commune ?

La vérité nous paraît être que la contrainte personnelle n'est pas propre à procurer l'exécution du devoir de cohabitation, et partant qu'il n'a pas été dans l'esprit de la loi d'en autoriser l'usage. C'est que l'accomplissement des engagements de cette nature dépend en définitive, quoi qu'on fasse, de la bonne volonté de ceux qui les ont pris. Il n'y a donc pas à rechercher les moyens de les leur faire tenir par force. Lorsque l'un des époux est réellement décidé à ne plus reprendre la vie commune, il n'est au pouvoir de personne, pas plus de l'autorité que de son conjoint, de l'y contraindre. Si ce dernier ne se résigne pas à cette situation, il n'a plus qu'à se prévaloir de cet abandon pour faire rompre ou relâcher un lien déjà si faible (1).

(1) Huc, II, n. 239. — Cpr. Planiol, I, n. 896.

2173. En ce qui concerne le mari qui quitte le domicile conjugal, il ne saurait tout d'abord, de l'aveu unanime, y être ramené par la force, lors même qu'il n'aurait point la prétention de transférer le siège de ce domicile en un autre endroit (1). Que s'il entendait le transporter là où il va demeurer, son acte équivaudrait alors à un refus de recevoir sa femme à son foyer, et les conséquences de ce refus devraient être logiquement les mêmes que celles d'une expulsion de la femme. Celle-ci pourrait donc, ainsi qu'on l'a déjà vu (2), exiger de son conjoint une pension alimentaire. Elle pourrait également recourir à l'un quelconque des modes de coercition dont l'emploi contre elle serait, contrairement à notre opinion, reconnu licite, et notamment se faire ouvrir les portes de l'habitation de son mari (3). Il n'y a pas, en effet, de motifs pour que la sanction d'une obligation identique varie avec le sexe de celui qui cherche à s'en affranchir, et la puissance maritale ne permet pas au chef du ménage de se dérober à ses devoirs. Il eût donc fallu, en pure logique, admettre qu'il pourrait être reconduit, *manu militari,* au domicile conjugal. Mais les auteurs qui ne trouvent pas mauvais qu'il en puisse user ainsi envers son épouse, protestent contre une mesure qu'ils trouvent par trop contraire à nos mœurs et à la dignité du mari. C'est à eux à nous montrer qu'ils ne se contredisent pas (4).

2174. Si l'on admet la légalité des diverses mesures dont il vient d'être parlé, il faut décider que leur emploi doit être subordonné à l'autorisation préalable de la justice (5).

On s'accorde ensuite généralement à penser que cette autorisation ne peut émaner que du tribunal, et non point du

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 137, n. 14; Demolombe, IV, n. 110; Laurent, III, n. 94; O. Barrot, *op. cit.*, art. 5, n. 18.

(2) Cf., *supra*, n. 2135 s.

(3) Aubry et Rau, V, § 471, p. 137, n. 13; Demolombe, IV, n. 110; Toullier, XIII, n. 110; Planiol, I, n. 894; Beudant, I, n. 312; Fuzier-Herman, art. 214, n. 54. — Paris, 7 déc. 1824, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 768. — Paris, 7 janv. 1903, D., 1903. 2. 16.

(4) Laurent, *loc. cit.*, Huc, II, n. 239. — Cf. aussi les lois spéciales sur les pensions de l'Etat, citées p. 660, note 2, et les avis du C. d'Etat des 22 déc. 1807, 11 janv. 1808, 30 janv. 1809.

(5) Cf. pourtant Trib. Quimper, 15 mars 1905, S., 1905. 2. 252, D., 1905. 5. 37.

président, jugeant en référé, parce que, dit M. Demolombe (1), si le titre du demandeur est dans la loi, ses moyens d'exécution forcée ne peuvent être déterminés discrétionnairement que par le tribunal lui-même (2).

On reconnaît également que l'emploi de la force publique ne doit être permis qu'après que l'époux récalcitrant a été formellement mis en demeure de remplir son obligation.

Mais comment cette mise en demeure doit-elle s'accomplir? A cet égard, les modes de procéder sont des plus variables en pratique. Parfois, par un premier jugement, l'époux est condamné à réintégrer le domicile conjugal, et, sur son refus, il en est rendu un second qui met en mouvement les agents de l'autorité (3). A Paris, l'habitude était, au temps de M. de Belleyme (4), d'obtenir par voie de référé une ordonnance autorisant le requérant à se transporter avec le juge de paix à la demeure de l'époux rebelle pour le sommer de revenir. Mais toutes ces procédures ne sont évidemment pas obligatoires, puisqu'elles sont aussi ignorées de la loi que le moyen d'exécution qu'elles organisent. Et, par suite, un seul et unique jugement suffirait, après une simple sommation adressée au défendeur, pour le condamner à remplir son devoir, et, faute par lui de le faire, pour autoriser contre lui l'emploi de la contrainte physique (5).

III. *De l'autorisation maritale et de l'incapacité de la femme mariée.*

2175. Du *mundium* primitif, qui plaçait toutes les femmes en tutelle, nos pays de coutumes n'avaient retenu que le pouvoir du mari sur l'épouse, dans l'intérêt de la bonne administration du ménage. Dans les pays de droit écrit, au contraire, la femme mariée avait conservé, relativement à ses biens paraphernaux, l'indépendance dont elle avait joui à

(1) IV, n. 108.

(2) *Contra :* Paris, 29 mai 1808, S., 08. 2. 199, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 765.

(3) Paris, 17 août et 7 déc 1824, sous Cass., D., 30. 1. 60.

(4) *Ord. sur requêtes et référés*, I, p. 31 s.

(5) Demolombe, IV, n. 109; O. Barrot, *op. cit.*, art. 3, n. 14. — Cpr. Demante, I, n. 297 *bis*, III; Fuzier-Herman, art. 214, n. 28 s.

Rome, à partir du moment où la *manus* et la *tutela muliebris* étaient tombées en désuétude, et cette indépendance n'avait été tempérée, jusqu'à la déclaration d'août 1606, que par les prohibitions du Sénatus-consulte Velléien (1).

De ces deux systèmes, c'est celui du droit coutumier qui a fixé le choix des rédacteurs du code civil, alors qu'il n'existait pas trace de la prépondérance de l'époux dans le projet présenté à la Convention, par Cambacérès, en 1793. Ce revirement fut-il dû, comme on l'a dit, à l'influence de Napoléon? Ce qui est certain, c'est que son intervention ne se produisit pas du moins pendant la discussion au Conseil d'Etat des art. 215 et s. (2), et qu'à Maleville, qui rappelait le droit de libre disposition de la femme dans les pays de droit écrit, on répondit très brièvement, et sans engager de véritable discussion, les uns que « c'était un abus qui donnait au mari la facilité de dissiper les biens de son épouse », les autres qu' « il fallait que le mari puisse veiller à la conservation des biens de son épouse ». Portalis (3), dans l'Exposé des motifs, se borna à son tour à de simples affirmations : « On a, dit-il, longtemps disputé sur la préférence ou l'égalité des deux sexes. Rien de plus vain que ces disputes... La prééminence de l'homme est indiquée par la constitution même de son être, qui ne l'assujettit pas à autant de besoins, et qui lui garantit plus d'indépendance pour l'usage de son temps et pour l'exercice de ses facultés. Cette prééminence est la source du pouvoir de protection que le projet de loi reconnaît dans le mari. L'obéissance de la femme est un hommage rendu au pouvoir qui la protège, et elle est une suite nécessaire de la société conjugale, qui ne pourrait subsister si l'un des époux n'était subordonné à l'autre. » C'est donc presque sans débat, tant était forte encore l'autorité de la tradition coutumière, que le principe de l'autorité maritale passa dans le droit nouveau.

2176. Ainsi, d'après le code civil, fille ou veuve, la femme jouit, sauf exception, de la capacité du droit commun. Mariée,

(1) Cf. *supra*, Introd. histor., n. 1410 s.; et Kœnigswarter, *Rev. de lég.*, 1843, XVII, p. 393; Masson, *Journ. de l'Instit. histor.*, 1845, p. 163 et 241.

(2) *Disc. au C. d'Etat*, Locré, *Lég.*, IV, p. 397 s., n. 34 et 35.

(3) Locré, *Lég*, IV, p. 521 s., n. 62.

au contraire, elle devient, telle est la règle, incapable de la plupart des actes de la vie civile, en ce sens qu'elle ne peut les accomplir qu'avec l'autorisation du mari ou la permission supplétive du juge.

Or quel est le fondement de cette incapacité? Les commentateurs du code n'ont guère été moins divisés, à cet égard, que les auteurs dans notre ancienne jurisprudence (1); mais l'accord paraît s'être fait parmi les plus récents. Il faut rechercher, d'ailleurs, ce fondement en dehors des travaux préparatoires, au cours desquels il ne fut pas sérieusement discuté.

L'incapacité de la femme mariée dérive manifestement de l'état de mariage, puisqu'elle ne lui survit pas plus qu'elle ne le précède : elle n'a donc pas pour objet de remédier à son inexpérience des affaires et de secourir la fragilité de son sexe.

Elle ne saurait s'expliquer non plus entièrement par le devoir de déférence que l'union conjugale imposerait à l'épouse envers son mari (2). La preuve en est que, lorsqu'il est mineur, interdit ou absent, c'est à la justice qu'elle doit demander l'autorisation qui ne peut plus émaner de la personne investie de la puissance maritale, et qu'elle est admise elle-même à se prévaloir du défaut d'autorisation, alors qu'il lui serait interdit d'invoquer un manquement à l'autorité à laquelle elle est soumise.

Son incapacité ne saurait donc se justifier que comme une conséquence de la communauté d'intérêts que crée, entre les époux, l'union conjugale, et par la nécessité de confier à l'un d'entre eux, le mari, la direction de ces intérêts. Et comme aucun des actes de la femme, même exclusivement relatif à l'un des biens compris dans son patrimoine propre, ne saurait être indifférent à la famille, on a cru devoir les soumettre tous, avant leur accomplissement, au contrôle de son chef, et limiter par cette subordination les pouvoirs que laissent à l'épouse ses conventions matrimoniales. L'autorité maritale apparaît ainsi comme le moyen d'assurer, tant sous le rapport

(1) *Noun. Denizart*, II, v° *Autor.*, § 1, n. 3.

(2) *Contra :* Merlin, *Quest.*, v° *Puiss. marit.*, § 4; Delvincourt. I, p. 79, note 11. — Cpr. Toullier, II, n. 615.

pécuniaire qu'au point de vue moral, l'unité dans la famille (1). C'est pourquoi, lorsque le mari est hors d'état de l'exercer, sa fonction doit être remplie par le juge; et lorsque, de fait, elle ne l'a été par personne, la femme peut se prévaloir du défaut d'autorisation, au nom de sa participation à des intérêts qui n'ont point été sauvegardés. C'est pourquoi aussi l'on a pu, sans véritable contradiction, décider, en 1893, que la séparation de corps mettait fin à l'incapacité de celle-ci, car, sans dissoudre le mariage, elle fait cesser presque complètement, avec la communauté d'existence, cette communauté d'intérêts qui ne va guère sans elle, et elle relâche trop les liens conjugaux pour qu'ils conservent la force de priver l'un des époux d'une liberté d'action qui lui est plus que jamais nécessaire.

Au surplus l'incapacité de la femme mariée, ainsi conçue, n'a pas un fondement différent de celui sur lequel repose son devoir général d'obéissance : l'une au contraire naît de l'autre. Mais cette subordination, sous ces deux aspects, ne vient point, comme on l'expliquait généralement dans l'ancien droit (2), d'une prétendue supériorité du sexe masculin, conforme à un soi-disant droit naturel, et qui ferait de la femme la sujette de l'homme. Elle procède de l'obligation où l'on semble être, malgré l'égalité respective des droits des époux, de reconnaître à l'un d'eux une certaine prépondérance, pour prévenir l'antagonisme ou l'indépendance de volontés égales, susceptibles, par leur désaccord comme par des résolutions unilatérales, de compromettre gravement les intérêts collectifs du ménage (3).

2177. Ces considérations montrent assez qu'il est interdit aux époux de porter atteinte, par des stipulations particulières, aux droits résultant de la puissance maritale et aux

(1) Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Autor. marit.*, sect. 2; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 138, n. 5; Demolombe, IV, n. 113 s.; Demante, I, n. 296, 298 et 307 *bis*, I; Proudhon, I, p. 454; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 367; Valette, *Cours*, I, p. 329 s.; Laurent, III, n. 95; Huc, II, p. 240; Planiol, I, n. 927; Surville, I, n. 360; Beudant, I, n. 343-345.

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 1 et 3; Lebrun, *De la communauté*, liv. II, ch. I, sect. I, n. 1.

(3) Cpr. Huc, II, n. 282.

règles, essentiellement d'ordre public, qui vont être établies (art. 6 et art. 1388) (1). Ils ne sauraient être admis à substituer leurs conceptions personnelles à une idée législative qui est un des traits principaux de l'organisation familiale, et toute abdication de la part de l'un d'eux serait à considérer comme non avenue.

2178. En principe donc les conventions matrimoniales n'influent pas sur l'incapacité de la femme, qui subsiste sous tous les régimes. Mais, s'il reste vrai qu'elles sont impuissantes à en augmenter l'étendue, puisque, lorsque la femme se prive par le contrat de certaines facultés inhérentes à sa qualité de propriétaire ou de commune en biens, ce sont des pouvoirs dont elle consent à ne pas user, bien plus que des incapacités nouvelles dont elle se frappe, ces conventions peuvent, au contraire, restreindre cette étendue, en dispensant la femme, une fois pour toutes, de faire autoriser préalablement chacun des actes relatifs à l'administration de son patrimoine (art. 223) (2).

On voit ainsi qu'il ne faut point confondre, comme on est tenté de le faire, les facultés qui n'appartiennent pas à la femme, à raison de l'état de subordination dans lequel elle est placée, et celles que lui retire le contrat de mariage. La première de ces privations procède de la loi, la seconde dérive de la volonté des époux. Et c'est pourquoi, si la loi peut, dans certaines circonstances, transférer du mari au juge le pouvoir de contrôle auquel la femme est soumise, le juge ne saurait hériter, en principe, des attributions dont une convention qui doit être respectée a investi le mari comme chef (Cf. art. 1426 et 1427) (3).

2179. L'incapacité de la femme mariée ne doit naturellement commencer qu'avec le mariage (4). Ce n'est que par une exagération de l'idée dont elle est née, que certaines de nos

(1) Surville, I, n. 337. — Cf. Fuzier-Herman, art. 217, n. 1.

(2) Cpr. Demolombe, IV, n. 120; Laurent, III, n. 96; Planiol, I, n. 932; Surville, I, n. 337 et 338; Beudant, I, n. 315-318.

(3) Demante, I, n. 298 *bis;* Beudant, *loc. cit.*

(4) Aubry et Rau, V, § 472, p. 138, n. 3; Demolombe, IV, n. 118; Vazeille, II, n. 302.

anciennes Coutûmes la faisaient partir du jour des fiançailles. Aussi Dumoulin traitait-il déjà ces dispositions singulières d'impertinentes (1).

2180. Non moins naturellement on pourrait admettre, et le code admit, que cette incapacité se prolonge pendant toute la durée du mariage, et qu'elle cesse seulement au jour de la dissolution, survivant ainsi même à la séparation de corps (2). Mais la loi du 6 février 1893, s'élevant au-dessus de ces motifs d'ordre purement logique, est venue restituer à la femme ainsi séparée le plein exercice de sa capacité civile, tandis que la simple séparation de biens continue à ne lui faire rendre qu'une faible partie de cette capacité.

N° 1. Etendue de l'incapacité de la femme mariée.

2181. D'après le code civil, l'incapacité de la femme mariée est générale : elle s'applique, en principe, à tous les actes juridiques, c'est-à-dire à la fois aux actes judiciaires ou instances et aux actes extrajudiciaires. Mais on a déjà dit, et on verra par la suite, que le mouvement législatif moderne, de plus en plus favorable à l'émancipation de la femme, tend à élargir le domaine, autrefois si restreint, de sa capacité.

1. *Actes judiciaires.*

2182. Aux termes de l'art. 215 : « *La femme ne peut ester* » *en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même* » *elle serait marchande publique, ou non commune, ou sépa-* » *rée de biens.* » Cette formule est aussi large que possible. De quelque façon qu'elle soit engagée dans une instance, la femme peut, en effet, fortement préjudicier à ses intérêts et par contre-coup à ceux de la famille. Et il est d'autant plus naturel de l'obliger alors à se pourvoir de l'autorisation maritale, que les procès qu'elle aura à soutenir ne constitueront jamais, par leur nombre, qu'un accident dans son existence. La nécessité où elle est placée de se faire autoriser à ester

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 7 s.; Merlin, *Rép.*, v° *Autorisation mar.*, sect. V, § 2.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 138, n. 4; Demolombe, IV, n. 118 et 119; Laurent, III, n. 96; Planiol, I, n. 931; Surville, I, n. 337; Fuzier-Herman, art 215, n. 36 s.

en justice, ou en jugement, comme le dit notre disposition par une traduction trop libre des expressions *stare in judicio,* reste donc indépendante de son régime matrimonial, de la nature de la juridiction saisie ou du degré de l'instance, du rôle qu'elle y joue ou de l'adversaire contre lequel elle lutte, aussi bien que de l'objet de la contestation qui l'amène devant les tribunaux.

2183. Ainsi la femme doit être autorisée à ester en justice :

1° Quel que soit le régime sous lequel elle s'est mariée ou se trouve actuellement, et lors même qu'il lui confèrerait, comme la séparation de biens, judiciaire ou contractuelle, ou le régime dotal, des pouvoirs d'administration (1). La faculté de plaider n'a pas paru à la loi, à raison de son importance, devoir jamais rentrer dans ces pouvoirs. Et cette précision du texte était d'autant plus opportune que la coutume de Paris, qui exprimait dans son art. 224 le droit commun des pays coutumiers, faisait justement exception à la règle en faveur des femmes séparées par jugement et à plus forte raison par contrat, en tant du moins, ainsi que l'expliquait Pothier (2), que l'action concernait l'administration de leurs biens. — Mais il n'y avait aucun motif pour ajouter, comme le fait le texte, que la femme non commune elle-même n'échappait point à la règle, puisque le régime de non-communauté est, de tous, précisément celui qui lui confère le moins de droits.

2184. 2° La femme doit être autorisée pour plaider devant quelque juridiction et à quelque degré que ce soit, partant, que cette juridiction soit civile, commerciale ou administrative, et qu'il s'agisse de plaider en première instance ou en appel, de se pourvoir en cassation ou d'agir par voie de requête civile (3).

(1) Aubry et Rau, V, § 472, p. 139; Demolombe, IV, n. 137; Huc, II, n. 242; Planiol, I, n. 936; Surville, I, n. 342; Beudant, I, n 326; Fuzier-Herman, art. 215, n. 29. — Civ. cass., 21 fév. 1888, S., 88. 1. 104, D., 88. 1. 214. — Besançon, 14 mai 1890, D., 91. 2. 101. — Civ. cass., 1er mai 1894, S., 94. 1. 237, D., 94. 1 248.

(2) *Op. cit.*, n. 61. — Cf. *Nouv. Denizart,* II, v° *Autor. mar.*, § 2, n. 4

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 139, n. 6; Demolombe, IV, n. 128 et 130; Huc, II, n. 242; Planiol, I, n. 936; Beudant, I, n. 326. — *Contra*, en cas d'urgence, devant le juge des référés, Paris, 22 mai 1906, *Le Droit* du 12 juillet, et Josserand, *Rev. tr. de dr. civil,* 1906, p. 671.

Elle doit même être autorisée pour le préliminaire de conciliation qui doit précéder l'instance (1). Ce n'est point, comme le dit M. Demolombe, parce que « ce préliminaire est la condition et le début d'une instance judiciaire », car, à vrai dire, l'instance n'est pas engagée, et il a même pour objet de la prévenir. Mais cet essai de conciliation ne peut avoir de sens que tout autant qu'il est susceptible d'aboutir à une transaction : or la femme se trouve aussi incapable de transiger toute seule que de plaider

2185 3° L'autorisation est nécessaire à la femme quel que soit son rôle dans l'instance, et aussi bien comme défenderesse que comme demanderesse (2). Il est vrai qu'au premier cas ce n'est point elle qui prend l'initiative du procès. Mais comme, en général, il lui est permis de l'éviter en acquiesçant à la demande, on peut comprendre qu'elle doive être conseillée avant de se décider à le soutenir, comme aussi que ces conseils ne soient pas inutiles à sa défense, quand l'acquiescement est impossible.

2186. 4° Cette autorisation lui est pareillement indispensable quelle que soit la partie adverse, fût-ce son mari. Il est vrai que, comme défenderesse, elle doit être tenue pour autorisée par cela seul que son mari l'attaque (3), et que, comme demanderesse, celui-ci est censé l'autoriser dès qu'il

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Bureau de concil.*, n. 4; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 139, n. 7; Demolombe, IV, n. 129; Duranton, II, n. 452; Laurent, III, n. 102; Beudant, I, n. 326, note 1; Fuzier-Herman, art. 215, n. 69. — Civ. cass., 3 mai 1808, S., 08. 1. 310, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 780. — Trib. Niort, 16 nov. 1883, *La Loi*, 6 déc. — Cpr. pourtant Planiol, I, n. 936 2°

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 139; Demolombe, IV, n. 136; Demante, I, n. 299 *bis*, II; Laurent, III, n. 102; Huc, II, n. 242; Planiol, I, n. 936; Surville, I, n. 342; Beudant, I, n. 326. — Civ. cass., 13 nov. 1844, S., 45. 1. 46, D., 45. 1. 33.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Autor marit.*, sect. 7, n. 16; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, IV, n. 138; Delvincourt, I, p. 79, note 10; Duranton, II, n. 467; Laurent, III, n. 105; Huc, II, n. 243; Beudant, I, n. 344; Fuzier-Herman, art. 215, n. 44 s. — Aix, 27 août 1827, S., 28. 2. 25, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 891. — Grenoble, 21 fév. 1832, S., 33. 2. 28, D., *loc. cit.*, n. 834. — Req. rej., 8 mars 1875, S., 75. 1. 171, D., 75. 1. 482. — Civ. rej., 18 mars 1878, S., 78. 1. 193, note de M. l'abbé D., 78. 1. 201. — Nîmes, 7 mai 1879, D., 79. 2. 133 — Trib. Seine, 8 fév. 1892 et 12 avril 1893, D., 93. 2. 469. — Cpr. Paris, 26 avril 1872, S., 72. 2. 186, D., 72. 2. 188.

accepte le débat et conclut sur le fond (1). Mais, pour être tacite dans l'un et l'autre cas, l'autorisation ne la relève pas moins de son incapacité, comme elle doit le faire pour la régularité de la procédure.

2187. Par application de cette règle, il faut décider que la femme ne peut, sans autorisation, se porter partie civile dans une poursuite en adultère contre son mari, et lui demander des dommages-intérêts (2).

De même, la règle doit être maintenue, faute de texte contraire, dans le cas où la femme intente contre son mari une action en nullité de mariage (3). Il est vrai que le triomphe de cette action démontrerait précisément que la femme n'avait à se faire autoriser par personne. Mais l'existence provisoire du mariage jusqu'à cette époque lui fait produire ses effets ordinaires, et parmi eux figure l'incapacité de la femme : en relever l'épouse, ce serait donc préjuger l'issue du débat dans lequel elle prétend s'engager.

Ces motifs mêmes montrent qu'elle peut, tout au contraire, demander au juge, sans autorisation, de constater l'inexistence de son mariage, et, par exemple, s'inscrire en faux contre l'acte de célébration, puisqu'une union inexistante n'est susceptible, même provisoirement, d'avoir aucun effet. En décider autrement, ce serait préjuger la validité du mariage qu'elle attaque (4).

2188. 5° L'autorisation maritale est encore nécessaire à la femme quels que soient la nature ou l'objet du litige (5) : la

(1) *Contra* : Laurent, III, n. 125. — Civ. cass., 21 janv. 1845, S., 45. 1. 366, D., 45. 1. 97

(2) Gand, 24 déc. 1902, D., 1904, 2. 417, et note de L. B., *J. Clunet*, 1903, p. 980.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect 6, § 2, art 180, n. 4; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 139, n. 10; Demolombe, IV, n. 127; Laurent, II, n. 436, et III, n. 104; Planiol, I, n 1047; Beudant, I, n. 326; Fuzier-Herman, art. 215, n 6 s.; Demolombe, *Rev. crit.*, 1851, I, p. 514; Tambour, *Rev. crit.*, 1868, XXXII, p. 493. — Req. rej., 10 fév. 1851, S., 51. 1. 202, D., 51. 1. 43. — Civ. cass., 19 mai 1858, S., 58. 1. 720, D., 58. 1. 271. — Lyon, 4 avril 1867, S., 67. 2. 290. — Cf. *supra*, n. 1698.

(4) Laurent, II, n. 446, et III, n. 104. — Cpr. civ. rej., 31 août 1824, S., 24. 1. 360, D., *Rep.*, v° *Mariage*, n. 561. — *Contra* : Lyon, 4 avril 1867, précité.

(5) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 139; Demolombe, IV, n. 123; Planiol, I, n. 936; Beudant, I, n. 326; Fuzier-Herman, art. 215, n. 5 s.

loi n'a pas cru pouvoir l'en dispenser par avance, en considération de la nature spéciale de certaines contestations.

Aussi avait-elle exprimé formellement que la qualité de marchande publique ne saurait l'en affranchir, contrairement à la décision de certaines de nos anciennes Coutumes (1). Si étendue que soit la capacité dont elle jouit pour les besoins de son négoce (art. 5 et 7 C. co.), on n'avait pas pensé qu'elle dût aller jusqu'à lui permettre de soutenir en justice, de sa propre autorité, les prétentions qui y seraient relatives (2).

Par cet exemple on voit qu'il ne faut pas conclure, de la capacité accordée à la femme de faire un acte, à la capacité de suivre toute seule les contestations auxquelles il donne lieu. Et c'est ce que montre encore l'art. 215, au sujet de la séparation de biens, puisqu'elle ne lui confère même pas la faculté de plaider pour les besoins et dans les limites de son administration.

2189. La généralité de la règle interdit d'y apporter d'autres exceptions que celles qui ont été consacrées formellement par la loi. Ainsi, en l'absence d'exceptions relatives à ces objets, on doit décider que :

a. L'autorisation est nécessaire à la femme pour prendre part à une procédure d'ordre. Pour être d'exécution, cette procédure n'en a pas moins les caractères d'une véritable instance (3).

2190. *b.* Elle lui est pareillement nécessaire pour provoquer l'interdiction de son conjoint (4). De ce que l'art. 490 lui

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 62.

(2) Cf. cep. Aix, 9 janv. 1866, D., 67. 5. 35. Mais, sur cette partie de l'art. 215, cf. *infra*, n. 2196.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 139, n. 8; Demolombe, IV, n. 124; Fuzier-Herman, art. 215, n. 15 s. — Civ. cass., 21 avril 1828, S., 28. 1. 275, D., 28. 1. 221. — Toulouse, 19 mars 1833, S., 33. 2. 346, D., 33. 2. 204. — Grenoble, 10 mars 1848, S., 48. 2. 749, D., 49. 2. 34. — Aix, 28 janv. 1871, S., 72. 2. 110, D., 72. 2. 31. — Req. rej., 6 mars 1878, S., 78. 1. 324, D., 78. 1. 316.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Autor. mar.*, sect. 7, n. 16; Demolombe, IV, n. 126; Delvincourt, I, p. 135, no'e 2; Laurent, III, n. 108; Planiol, I, n. 2043-1°; Beudant, I, n. 326; Fuzier-Herman, art. 215, n. 12. — Trib. Lyon, 8 juin 1872, D., 73. 3. 7. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 141, n. 16. — Cpr. Rouen, 16 flor. an XIII, S. chr., II. 2. 47, D., *Rép.*, v° *Interdiction*, n. 43. — Toulouse, 8 févr. 1823, S., 23. 2. 130, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 778.

accorde personnellement cette faculté, on ne saurait conclure qu'elle soit admise à en user de sa propre autorité, sans confondre deux choses tout à fait différentes, la jouissance d'un droit et la capacité qui permet seule de l'exercer. Et cette circonstance que l'action est dirigée contre le mari n'empêche pas absolument qu'il reste apte à l'autoriser, d'autant qu'elle est intentée dans son propre intérêt, à la différence d'une demande en divorce, en séparation de corps ou en séparation de biens.

2191. *c.* Cette autorisation est encore nécessaire à la femme pour répondre à une demande en interdiction dirigée contre elle-même (1). Il se pourrait fort bien, en effet, que son intérêt bien entendu fût précisément de n'y pas défendre.

2192. *d.* Cette autorisation lui est encore nécessaire pour se défendre contre l'expropriation poursuivie par ses créanciers, aux termes mêmes de l'art. 2208, qui, contrairement à l'assertion de M. Laurent, ne distingue point suivant que la femme menacée d'expropriation se trouve ou non personnellement débitrice (2). C'est à tort que la jurisprudence a contesté parfois cette application de notre règle, sous prétexte que cette poursuite « ne constitue point une instance judiciaire ». Car, si elle a pour objet de ramener à exécution un titre déjà obtenu contre la femme, elle n'en doit pas moins aboutir à un jugement qui la dépouille d'une portion de ses biens. Et, à la vérité, le parti qu'elle doit prendre, sitôt qu'elle est poursuivie, comme débitrice ou à raison de sa seule détention, est trop important pour qu'on s'en soit remis à elle seule du soin de se décider.

2193. *e.* Elle a encore besoin de l'autorisation pour figurer valablement dans une procédure en expropriation pour cause d'utilité publique. Ni les formes spéciales, ni les garanties de

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Autor. mar.*, sect. VII, n. 18 *bis;* Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 139, n. 9; Demolombe, IV, n. 125; Duranton, II, n. 456; Planiol, I, n. 2047; Fuzier-Herman, art. 215, n. 11. — Civ. cass., 9 janv. 1822, S., 22. 1. 156, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 778. — Cpr. Req. rej., 9 mai 1829, S., 29. 1. 278, D., 29. 1. 266.

(2) Demolombe, IV, n. 134; Laurent, III, n. 106; Huc, II, n. 243. — *Contra :* Bordeaux, 4 août 1829, S., 30. 2. 86, D., 30. 2. 3. — Amiens, 21 nov. 1838, S., 39. 2. 258, D., 39. 2. 189. — Agen, 4 janv. 1844, D., 45. 4. 41. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 215, n. 19 s., et art. 218, n. 8 s.

cette procédure ne sauraient l'en dispenser, étant donné la généralité du principe et d'ailleurs la variété des partis qui s'offrent à elle pour la défense de ses droits (1).

2194. *f.* L'autorisation maritale s'impose même à la femme pour la continuation d'un procès entamé antérieurement à son mariage, à moins que la cause ne fût déjà en état lors de la célébration, auquel cas il n'y a plus à se préoccuper du changement qu'il a apporté à sa situation (art. 342 s. C. pr.) (2). Et de fait on comprend que, par suite de ce changement d'état, la liberté de la femme ne puisse plus rester aussi complète.

2195. *g.* Enfin, toujours par une suite de notre règle, les créanciers de la femme qui prétendent exercer les droits de leur débitrice, conformément à l'art. 1166, sembleraient être tenus de la faire autoriser, sinon de se faire autoriser eux-mêmes, dans tous les cas où elle y serait personnellement obligée, puisque c'est elle, au fond, qui se trouve agir par leur entremise (3).

2196. A notre principe la loi a apporté quatre exceptions, en matière civile, et une dérogation plus profonde encore, en matière criminelle.

En matière civile d'abord, la requête à fin de divorce peut être présentée par la femme au président du tribunal sans aucune autorisation, et c'est ce magistrat qui lui délivre le permis de citer son mari, après qu'il a procédé inutilement à un essai de conciliation (Cf. N. art. 234 et 238 C. civ.).

Elle est pareillement admise à présenter, de sa propre autorité, au président, la requête préalable à une demande en

(1) Civ. cass., 11 janv. 1848, S., 48. 1. 158, D., 48. 5. 182. — Civ. cass., 25 mai 1868, S., 68. 1. 308, D., 68. 1. 255. — Civ. cass., 2 avril 1873, S., 73. 1. 471, D., 73. 5. 252 — Civ. cass , 16 nov. 1891, S., 92. 1 96. — Civ. cass., 17 fév. et 9 mars 1896, S., 96. 1. 368, D., 96. 1 152.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 140, n. 11 ; Demolombe, IV, n. 139 et 287; Toullier, II, n. 620; Duranton, II, n. 457 et 458; Vazeille, II, n. 302; Chardon, *op. cit.*, n. 124; Fuzier-Herman, art. 215, n. 2 s., n. 89. — Civ. rej., 7 oct. 1811, S., 12. 1. 10, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 787. — Civ. cass., 7 août 1815, S., 15 1. 346, D., v° *cit.*, n. 789. — Cpr. Req. rej., 10 déc. 1812, S., 14. 1. 196, D., v° *cit.*, n. 786. — Req. rej., 17 août 1831, S., 31. 1. 319, D., 31. 1. 318. — Civ. cass., 30 mars 1841, S., 41. 1. 349. D., 41. 1. 200.

(3) Cpr. Huc, II, n. 243. — *Contra :* Poitiers, 12 déc. 1887, S., 88. 2. 32, D., 89. 2. 113.

séparation, soit de corps, soit de biens, et c'est ce magistrat qui l'autorise à procéder sur cette demande (art. 865, 875 et 878 C. pr.) (1).

Enfin, aux termes de l'art. 6 de la loi du 13 juillet 1907, « *la femme pourra ester en justice sans autorisation, dans* » *toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont* » *reconnus par la présente loi* », c'est-à-dire, d'abord, à la contribution aux charges du ménage (2), et ensuite aux biens qui sont le produit de son travail personnel ou des économies en provenant. Or cette disposition constitue une innovation remarquable, et d'ailleurs tout à fait rationnelle, sur le droit antérieur, puisque la capacité pour la femme mariée de faire certains actes n'entraînait pas, comme on l'a déjà observé, la capacité d'ester en justice dans les contestations qui y étaient relatives. Et elle abroge, par conséquent, quoique la loi de 1907 n'en dise rien expressément et que la remarque ne semble pas en avoir été faite, au cours des travaux préparatoires, la règle contraire posée par l'art. 215 au sujet de la femme commerçante (3), ce qui n'est qu'un retour à celle de quelques-unes de nos anciennes Coutumes (4).

Du reste, comme la loi ne fait aucune distinction, la minorité de la femme ne l'empêche point d'être dispensée de toute autorisation dans le dernier cas, et de n'avoir à se munir, dans les trois premiers, que de celle du juge (5).

2197. En matière criminelle, l'art. 216 consacre une exception d'une portée plus grande encore : « *L'autorisation du*

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 140, n. 15; Demolombe, IV, n. 135; Toullier, II, n. 766; Duranton, II, n. 585; Laurent, III, n. 107; Fuzier-Herman, art. 215, n. 25. — Civ. rej., 15 juillet 1867, S., 67. 1. 315, D., 67. 1. 321. — Req. rej., 17 nov. 1902, S., 1903. 1. 167. — D'après un arrêt de Dijon, 18 janv. 1905, D., 1906. 2. 315, l'autorisation du président l'habilite même à intenter une action en dommages-intérêts relative à la garde des enfants issus du mariage. — Mais cette autorisation, d'après un autre arrêt de Rouen, 31 déc. 1904, D., 1905. 5. 23, ne l'habilite pas à se désister de son action, ni de son instance en séparation de corps.

(2) Cf. *supra*, n. 2129 *quinquies*.

(3) Cf. *supra*, n. 2188.

(4) Valéry, *Annales de droit commercial*, 1907, p. 397.

(5) Merlin, *Rép.*, v° *Sép. de corps*, § 3, n. 8; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*; Toullier, II, n. 767; Duranton, *loc. cit.* — Bordeaux, 1er juillet 1806. S., 06. 2. 182, D., *Rép.*, v° *Sép. de corps*, n. 225.

» *mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en* » *matière criminelle ou de police.* » Effectivement, lorsque la femme est poursuivie, devant un tribunal répressif, par le ministère public, le cours de la justice ne saurait être arrêté ou retardé par le défaut d'autorisation. Et, d'autre part, il serait inadmissible que ce défaut pût priver la femme du droit de se défendre devant ses juges, ne fût-ce que pour obtenir une atténuation de peine. Si la règle fléchit, ce n'est donc point, comme on l'a parfois répété, parce que la défense est de droit naturel (1), car elle ne l'est pas moins en matière civile qu'en matière criminelle. Il serait plus vrai de dire que, dans celle-ci, la défense est obligatoire, puisque la demande ne comporte ni acquiescement, ni transaction, et que l'accusé ou le prévenu qui ne se présente pas est plutôt supposé se mettre en révolte avec la loi que s'incliner à l'avance devant la sentence. Il importait donc d'admettre la femme à répondre seule à la citation, pour lui fournir ainsi le moyen de discuter l'existence ou l'étendue de sa responsabilité, puisqu'elle n'en a point d'autre pour échapper aux conséquences de l'infraction, tandis qu'elle ne pourrait que perdre à s'engager dans un procès civil dont l'issue ne saurait être douteuse. Si l'intervention maritale a été écartée, ce n'est point, en définitive, comme l'écrit Demante, pour supprimer tout intermédiaire entre la société et l'auteur de l'infraction, et permettre à la femme de se présenter en personne, car elle n'aurait été, en aucun cas, représentée par son mari (2) : mais c'est que cette intervention n'aurait guère pu que gêner sa défense (3).

2198. Ces motifs montrent, d'une part, avec le texte de notre disposition, que la femme doit être munie de l'autorisation lorsqu'elle est poursuivante (4), et non point poursuivie,

(1) Cpr. Portalis, *Exp. des motifs*, Locré, *Lég.*, IV, p. 523, n. 64.

(2) Cf. pourtant Trib. simple police de Paris, 5 avril 1906, D., 1906. 5. 44.

(3) Cpr. Laurent, III, n. 109; Planiol, I, n. 942.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Autor. mar.*, sect. VII, n. 18; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 140, n. 12; Demolombe, IV, n. 140; Duranton, II, n. 454; Laurent, III, n. 109; Vazeille, II, n. 311; Fuzier-Herman, art. 215, n. 22 s.; art. 216, n. 9. — Crim. cass., 1er juil. 1808, S., 08. 1. 528, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 795. — Paris, 26 avril 1872, S., 72. 2. 186, D., 72. 2. 188. — Trib. Troyes, 24 juin 1890, S., 92. 2. 24. — Cpr. civ. cass., 20 mai 1846, S., 46. 1. 550, D., 46. 1. 205.

et, d'autre part, qu'elle en est dispensée dans ce dernier cas, qu'elle ait à répondre d'un délit, d'un crime ou d'une contravention (1). Il n'y a aucune raison de distinguer entre ces trois hypothèses, et les deux premières ont été confondues par la loi dans l'expression de « matière criminelle », qui a ici son sens large.

2199. Mais par qui la poursuite doit-elle être intentée, pour qu'on reste dans les termes de l'exception?

Nul doute qu'on y soit lorsque l'action est exercée par le ministère public. N'est-ce point surtout alors que la femme est aux prises avec l'action publique, qu'elle doit jouir de toute sa liberté (2)?

2200. A l'inverse, on ne doit pas douter non plus que la femme doive être autorisée lorsque l'action civile née de l'infraction est portée, par voie principale, devant la juridiction civile (3). Car, malgré son origine, la demande n'appartient aux matières criminelles, ni par son objet, qui est d'obtenir de simples réparations, ni par son auteur, qui est un simple particulier, ni par le juge saisi, qui est le juge ordinaire et de droit commun. Et, au surplus, il importe fort que la vigilance du mari soit éveillée par une action qui pourrait, par la dénonciation d'un fait délictueux, exposer la femme aux poursuites du ministère public, auquel cas il y a le plus vif intérêt à éviter le débat.

2201. On s'accorde encore, presque unanimement, à reconnaître que la femme peut défendre, sans autorisation, à l'action civile, lorsqu'elle est portée, accessoirement à l'action publique, devant le tribunal répressif (4). La première n'est alors,

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 140, n. 13; Demolombe, IV, n. 141; Fuzier-Herman, art. 216, n. 1 s. — Crim. cass., 24 févr. 1809, S., 10. 1. 192, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 794. — Crim. cass., 20 janv. 1825, S., 10. 1. 192, D., 25. 1. 169. — Civ. cass., 26 avril 1865, D., 65. 1. 207. — Cpr. Paris, 3 avril 1879, S., 80. 2. 301, D., 80. 2. 78.

(2) Planiol, I, n. 942. — Alger, 15 mars 1902, D., 1903. 5. 62.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Autor. mar.*, sect. VII, n. 18; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 140, n. 14; Demolombe, IV, n. 142 et 278; Demante, I, n. 299 *bis*, III; Marcadé, I, art. 216 I, n. 728; Laurent, III, n. 110; Huc, II, n. 244; Beudant, I, n. 326. — *Contra* : Fuzier-Herman, art. 216, n. 5 s.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 140, n. 14; Demolombe, IV, n. 143; Demante, *loc. cit.*; Marcadé, *loc. cit.*; Laurent, *loc. cit.*; Huc, II, n. 244; Planiol, I, n. 942; Beu-

en effet, qu'une dépendance de la seconde, et, logiquement, la femme doit pouvoir, à la fois, répondre aux deux dans les mêmes conditions. Et de plus la faculté qu'a la partie lésée d'intenter son action au cours des débats, et jusqu'au jugement (art. 67 et 359 C. inst. cr.), risquerait trop de devenir illusoire, s'il lui fallait requérir l'autorisation du mari, avant d'obtenir la condamnation de l'épouse.

2202. Mais cette autorisation ne redevient-elle pas nécessaire lorsque la partie civile, usant du droit de citation directe qui lui est reconnu par les art. 182 et 145 C. inst. cr., porte directement sa demande devant le tribunal correctionnel ou de simple police? Le doute est réellement permis. Il semble bien, au premier abord, que la femme soit vraiment poursuivie en matière criminelle et conformément aux prévisions de l'art. 216, car, si le demandeur ne conclut dans son intérêt qu'à des réparations civiles, devant le tribunal répressif, celui-ci n'en est pas moins saisi complètement du fait constitutif de l'infraction, en ce sens qu'il doit, même en l'absence des réquisitions du ministère public, appliquer au délinquant les pénalités qu'il a encourues. Et les termes des dispositions précitées montrent bien que, si la citation directe a pour objet immédiat d'accorder satisfaction à des intérêts privés, elle donne, du même coup, au tribunal connaissance du délit ou de la contravention de sa compétence. Or, peut-on continuer à considérer comme purement civile, quel qu'en soit l'objet propre, une action qui a pour résultat, non pas seulement de faciliter l'introduction de l'action publique, mais même de l'introduire, et n'est-il point permis de dire alors que la femme contre laquelle elle est dirigée est poursuivie criminellement?

Mais, si le texte est des plus favorables à cette interprétation, son esprit ne l'est guère, et c'est lui, en définitive, étant donnés les sens différents dans lesquels on entend le premier, qui doit l'emporter, car il n'est point douteux. Quelque assimilation qu'on puisse, au point de vue extérieur, établir

dant, I, n. 326. — Crim. rej., 31 mai 1816, S., 16. 1. 271, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 794. — *Contra* : Zachariæ, éd. Massé et Vergé, I, § 134, p. 232, n. 14.

entre la situation de la femme citée à la requête du ministère public et celle de la femme assignée devant la juridiction répressive par la partie civile, ces deux situations, au fond, sont très loin d'être les mêmes. La femme a très souvent autant d'intérêt à prévenir ou à arrêter les poursuites dont la menace un particulier, qu'elle en a à se défendre contre celles du parquet, auxquelles il n'est point en son pouvoir de se soustraire. N'est-ce point donc se conformer au vœu de la loi que de la contraindre, elle ou les tiers, à demander une autorisation dont la nécessité ne peut vraiment pas leur nuire, tandis qu'elle peut sauvegarder les intérêts les plus élevés de la femme et de la famille (1)?

2. *Actes extrajudiciaires.*

2203. Quoi qu'on pense de leur valeur, les mêmes motifs qui ont fait édicter l'incapacité de la femme en matière judiciaire, devaient la faire déclarer incapable, en principe, d'accomplir les actes extrajudiciaires, c'est-à-dire les actes juridiques qui se font en dehors de toute instance. Et ce principe était effectivement posé par l'art. 234 de la coutume de Paris en ces termes généraux : « une femme mariée ne se peut obliger sans le consentement de son mari, si elle n'est séparée ou marchande publique. » Or cette disposition, que Pothier (2) présentait comme une conséquence de la règle « qu'une femme mariée ne peut rien faire de valable, et qui ait quelque effet civil, si elle n'est habilitée et autorisée par son mari pour le faire », a été formulée, en termes plus restrictifs, par l'art. 217 du code civil, lequel est ainsi conçu : « *La femme, même non commune ou séparée de biens,* » *ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre* » *gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte,* » *ou son consentement par écrit.* » Mais on admet unanime-

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Autor. mar.*, sect. VII, n. 18; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 140, n. 14; Marcadé, I, art. 216-I, n. 728; Laurent, III, n. 110; Huc, *loc. cit.*; Beudant, *loc. cit.* — *Contra :* Demolombe, IV, n. 143; Planiol, I, n. 942; Fuzier-Herman, art. 216, n. 5 s. — Trib. Albi, 12 nov. 1898, S., 1902. 2. 251. — Alger, 15 mars 1902, D., 1903. 5. 62. — Trib. Mirecourt, 13 juil. 1904, D., 1904. 2. 440

(2) *Op. cit.*, n. 50.

ment que cette formule n'a exprimé qu'une partie de la vérité, et que l'incapacité de la femme mariée s'étend à d'autres actes que ceux qui y sont énumérés, et même, en principe, à tous les actes juridiques, quelle qu'en soit la nature, et si profitables qu'ils paraissent devoir lui être (1).

Il résulte, d'abord, tant de l'art. 1124 que des art. 219 à 221, que la femme est aussi bien incapable de s'obliger que d'aliéner. La première de ces dispositions, il est vrai, ne la déclare telle que « dans les cas exprimés par la loi ». Mais toutes les autres concourent à montrer que cette incapacité est la règle, puisqu'il lui faut, à défaut de l'autorisation du mari, celle de justice ou tout au moins la qualité de commerçante, pour pouvoir valablement « passer un acte », « s'obliger », ou « contracter ». Les travaux préparatoires prouvent, à leur tour, que, si le conseil d'Etat se refusa à poser la règle en termes aussi absolus, ce fut parce qu'elle aurait paru exclure certains tempéraments qui doivent y être apportés, lorsqu'elle est bien comprise. N'aurait-elle pu s'induire, au surplus, de l'inaptitude de la femme à aliéner ou à acquérir, « tout contrat tendant directement ou indirectement à l'aliénation ou à l'acquisition »? Enfin la puissance maritale serait restée exposée à trop d'atteintes, si toutes les opérations qui ne rentrent pas dans les termes de l'art. 217 étaient, par là même, demeurées permises à la femme, qui aurait pu, de la sorte, compromettre les intérêts que cette puissance doit sauvegarder.

Et toutefois la loi devait laisser à la femme la faculté de faire librement les actes qui ne tendent qu'à assurer l'intégrité de son patrimoine. Elle ne pouvait point non plus subordonner à l'obtention d'une autorisation préalable la naissance, à sa charge ou à son profit, des obligations dont l'origine reste indépendante de la capacité du débiteur ou du créancier. Elle devait enfin lui réserver, pour des motifs très divers, un domaine où sa volonté pût pleinement s'affirmer, à

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 141, n. 17, et p. 142, n. 18; Demolombe, IV, n. 145 s., et 174 s.; Demante, I, n. 300 *bis*, I; Toullier, II, n. 619; Valette sur Proudhon, I, p. 463; Laurent, III, n. 97; Huc, II, n. 245 et 246; Planiol, I, n. 930; Surville, I, n. 341; Beudant, I, n. 326; Fuzier-Herman, art. 217, n. 2 s.

l'exclusion de toute autre, sans quoi l'autorité maritale aurait dégénéré en un véritable assujettissement. Et c'est l'extension progressive de ce domaine, particulièrement du côté économique, et depuis la loi générale du 13 juillet 1907, qui fait qu'il convient, aujourd'hui, de déterminer les limites de l'incapacité de la femme mariée en matière extrajudiciaire, en étudiant d'abord la règle générale et les tempéraments divers que sa vraie nature comporte elle-même, et ensuite les exceptions qui y ont été apportées, et qui ont eu pour résultat de restituer à la femme sa capacité en certaines matières.

a. *La règle générale.*

2204. Toute une série d'actes est d'abord interdite à la femme par l'art. **217**, sous quelque régime matrimonial qu'elle soit placée, fût-ce, comme il le dit, celui de la séparation de biens, et à plus forte raison, comme il était inutile de le marquer, celui de la non-communauté, puisqu'il n'en est aucun qui lui confère moins de droits. Il importe, en effet, d'observer que le contrat de mariage reste sans influence sur les pouvoirs propres d'aliénation ou d'acquisition de la femme, qui doit toujours soumettre les actes de cette nature à l'approbation de son mari, à moins qu'ils ne puissent rentrer dans le droit d'administration que lui réserverait ce contrat (art. **223**). Mais on doit faire ici complète abstraction des modifications qu'apporteraient, dans ces limites, à l'incapacité de la femme les conventions matrimoniales des époux (1).

2205. La femme non autorisée ne peut donc pas, en premier lieu, faire d'actes de disposition, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, que l'aliénation ait pour objet des immeubles ou des meubles, un transfert de propriété ou une constitution de droits réels, tels qu'une servitude ou une hypothèque, et qu'elle s'opère entre vifs ou à cause de mort, réserve faite de la faculté de tester (2). C'est ce qu'expriment les termes de notre disposition, « donner », « aliéner », « hypothéquer », comme l'art. 905 pour la donation, et ce qui devait être pour prémunir la famille contre les actes qui sont de nature à

(1) Cpr. Demolombe, IV, n. 146 s.
(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 141, n. 17, et p. 142; Planiol, I, n. 934.

nuire le plus directement, lorsqu'ils sont mal faits ou imprudemment consentis, au patrimoine de la femme. Et peu importe leur but économique : par eux s'opère toujours une transformation, sinon une diminution du patrimoine, à laquelle il peut être également désirable de s'opposer, quels que soient les motifs qui l'inspirent.

Du reste, à ces actes il faut assimiler, l'énumération du texte n'étant point limitative, tous ceux qui équivalent à aliénation, quoiqu'ils ne soient pas toujours compris parmi les actes d'aliénation proprement dite, et qu'ils puissent paraître parfois n'en consommer aucune. Et notamment toutes les renonciations sont interdites à la femme non autorisée, quels qu'en soient l'objet et le but, une répudiation de succession, par exemple, de même qu'elle ne peut pas recevoir ou effectuer un paiement, puisque, si elle acquiert ainsi ou se libère, elle perd une créance ou la propriété de ce qu'elle donne pour se libérer (arg. art. 1238) (1).

2206. En second lieu, la femme ne peut pas non plus, sans autorisation, acquérir un bien, quelle qu'en soit la nature, et en vertu de quelque cause que ce soit, entre vifs ou à cause de mort, à titre gratuit ou à titre onéreux (2). S'il est des acquisitions ruineuses, et d'autres qui sont déshonorantes, le mari devait être là pour s'opposer à une mauvaise spéculation ou à une mauvaise action. Aussi la règle de l'art. 217 a-t elle été expressément appliquée, par les art. 776 et 934, à l'acceptation d'une succession, d'une donation entre vifs ou d'un legs.

2207. En troisième lieu, la femme non autorisée ne peut pas s'obliger par contrat. Son incapacité, sous ce rapport, ressort, sinon de l'art. 217 lui-même, du moins des art. 220 s., qui, en l'en relevant dans certains cas, ou en ne l'habilitant à contracter, à défaut d'autorisation du mari, que moyennant

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 142, n. 19; Demolombe, IV, n. 179; Huc, II, n. 245; Planiol, I, n. 934; Beudant, I, n. 326; Vazeille, II, n. 304. — Civ. cass., 19 août 1857, S., 58 1. 142, D., 57. 1. 339.

(2) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 397 s., n. 35; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 141, n. 17, et p. 142; Demolombe, IV, n. 179; Huc, *loc. cit.*; Planiol, I, n. 935. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 215, n. 21. — Rouen, 7 mars 1892, S., 93. 2. 78.

une permission de justice, prouvent avec évidence qu'elle ne saurait le faire valablement, en dehors de l'accomplissement de ces conditions. Cette incapacité résulte pareillement des travaux préparatoires (1), car, si le conseil d'Etat n'exprima point formellement, suivant le désir du Tribunat (2), que la femme était incapable de s'obliger, ce fut pour ne pas consacrer en termes aussi généraux une inaptitude à laquelle on aurait pu donner une portée trop large. Et, à vrai dire, il eût été contradictoire de maintenir à l'épouse une capacité dont elle aurait usé pour faire des aliénations ou des acquisitions au moins indirectes (3).

2208. Quant aux obligations qui prennent naissance indépendamment de la capacité personnelle de l'obligé, la femme doit rationnellement pouvoir y être soumise sans autorisation (4). Comment en serait-il autrement, alors qu'elles procèdent, tantôt de la volonté supérieure de la loi, tantôt d'une volonté étrangère, tantôt enfin de la volonté même du débiteur, mais alors d'un acte qui doit nécessairement engager sa responsabilité, sous peine d'infliger une lésion à autrui? Aussi bien est-ce justement, comme on vient de le voir, pour ne point faire obstacle à cette pure application des principes, que la disposition générale de l'art. 217 n'a point visé les obligations, et a laissé le champ libre aux distinctions dont Pothier (5) constatait déjà la nécessité en ces termes : « à l'égard des obligations que nous contractons sans aucun fait de notre part, la femme est capable de ces obligations, comme toute autre personne, sans le consentement de son mari. »

2209. Celles, en effet, qui dérivent de l'autorité de la loi doivent s'imposer à elle, comme à tout autre individu, sans

(1) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 398, n. 35.

(2) *Observ. du Trib.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 458, n. 24.

(3) Cf. Planiol, I, n. 933; Surville, I, n. 341; Fuzier-Herman, art. 217, n. 11 s., et les autorités citées p. 730, note 1. — Req. rej., 12 fév. 1828, S., 28. 1. 356, D., 28. 1. 127. — Civ. cass., 15 juin 1842, S., 42. 1. 838, D., 42. 1. 361. — Besançon, 5 avril 1879, S., 80. 2. 101, D., 80. 2. 6. — Nancy, 18 fév. 1896, D., 97. 2. 436.

(4) Aubry et Rau, V, § 472, p. 142, n. 20 s.; Laurent, III, n. 100; Planiol, I, n. 940 et 941; Beudant, I, n. 326; Fuzier-Herman, art. 217, n. 19. — Cpr. Demolombe, IV, n. 174 et 179; Toullier, II, n. 627; Valette sur Proudhon, I, p. 463; Surville, I, n. 341.

(5) *Op. cit.*, n. 50.

quoi le but de la loi risquerait d'être imparfaitement atteint (1). Spécialement, la femme est tenue, en dehors de toute autorisation, de toutes les obligations susceptibles de naître d'une tutelle qui lui est déférée (2), car ce n'est point par sa volonté, mais par sa qualité qu'elle est appelée à assumer cette charge: aussi l'art. 1370 fait-il découler expressément les obligations du tuteur de la seule autorité de la loi. On ne saurait donc objecter à notre décision qu'elles résultent, au contraire, d'un quasi-contrat, et que, comme telles, la femme ne peut s'y soumettre qu'avec l'autorisation maritale. Il est vrai qu'il dépend de la mère de refuser la tutelle, et d'échapper ainsi à ses conséquences par un acte de sa volonté. Mais, quand elle n'use point de ce pouvoir, la délation n'en reste pas moins légale, et elle obéit alors bien plus à un devoir qu'elle ne contracte spontanément une obligation qu'on puisse considérer comme procédant de son fait.

2210. Pareillement, la femme mariée est obligée à raison de son seul enrichissement, *de in rem verso*, en vertu de cette maxime d'équité, dont la loi a fait de multiples applications (art. 1239, 1241, 1312), que nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui (3). Pothier (4) déduisait déjà de cette règle qu'elle devait rendre la totalité de la somme qu'elle avait empruntée sans autorisation, lorsqu'elle l'avait intégralement employée à l'acquittement d'une dette dont elle était régulièrement tenue.

2211. D'autre part, la femme mariée est soumise à toutes

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 142, n. 21 ; Demolombe, IV, n. 175 ; Beudant, I, n. 326. — Cpr. Planiol, I, n. 941.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, IV, n. 176; Fuzier-Herman, art. 217, n. 21. — *Contra* : Duranton, II, n. 500. — Cpr. Laurent, III, n. 100.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 143, n. 23; Demolombe, IV, n. 177 ; Demante, I, n. 300 *bis*, V ; Toullier, II, n. 627 et 628 ; Duranton, II, n. 497 ; Delvincourt, I, p. 79, note 12 ; Planiol, I, n. 941 ; Fuzier-Herman, art. 217, n. 26 s. — Civ. rej., 14 fév. 1826, S., 26. 1. 332, D., 26. 1. 125. — Civ. cass., 27 déc. 1843, S., 44. 1. 332, D., 44. 1. 80. — Req. rej., 12 mars 1844, S., 45. 1. 47, D., 44. 1. 391. — Req. rej., 24 janv. 1855, S., 55. 1. 56, D., 55. 1. 96. — Cpr. Req. rej., 26 avril 1900, S., 1901. 1. 193, note de M. Ferron, D., 1900. 1. 455, *J. du notariat*, 1901, p. 35. — Req. rej., 2 janv. 1901, S., 1901. 1. 192, D., 1901. 1. 16, *J. du notariat*, 1901, p. 84. — Req. rej., 30 déc. 1902 (sol. impl.), S., 1903. 1. 88.

(4) *Op. cit.*, n. 51.

les obligations qui naissent d'un quasi-contrat indépendamment de la capacité de l'obligé, tandis qu'elle reste affranchie de toutes celles qui supposent cette capacité. Ou, en d'autres termes, elle ne peut être tenue, en vertu d'un quasi-contrat, que des conséquences du rôle passif, et non de celles du rôle actif, qu'elle y joue. Cette application du principe qui vient d'être posé conduit aux distinctions suivantes.

La femme est engagée, conformément aux règles de la gestion d'affaires, envers les tiers qui ont utilement géré ses biens (1). Ce n'est que par une confusion de ces règles avec celles de la *versio in rem* qu'on a pu mettre en doute une décision à la fois si juridique et si conforme à ses intérêts, et n'accorder au gérant que la faculté de lui demander ce dont elle s'est enrichie. Cette opinion était déjà réfutée par Pothier (2), qui la déclarait obligée « *ex quasi contractu negotiorum gestorum,* sans qu'il soit besoin qu'il intervienne aucun consentement de son mari; car c'est le fait de ce *negotiorum gestor,* qui produit cette obligation, sans aucun fait de la femme ».

2212. Elle ne saurait répondre, au contraire, des conséquences d'une gestion d'affaires qu'elle a entreprise sans autorisation, au delà de la mesure de son enrichissement ou de la responsabilité qu'elle a assumée par ses délits ou ses quasi-délits (3). Elle se trouve et doit logiquement se trouver dans la situation où elle serait pour avoir accepté un mandat sans l'agrément de son mari (art. 1990), car elle ne doit pas pouvoir faire indirectement, et sous une forme plus dangereuse encore, ce qu'il lui est défendu de faire directement. Il est vrai que le maître de l'affaire ne saurait ici s'imputer

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 142, n. 22; Demolombe, IV, n. 177; Demante, I, n. 300 *bis*, V; Toullier, XI, n. 39; Laurent, III, n. 101; Huc, II, n. 248; Planiol, I, n. 941; Beudant, I, n. 325; Fuzier-Herman, art. 217, n. 25. — *Contra :* Duranton, II, n. 497; Delvincourt, I, p. 75, note 12. — Cpr. Guénée, *Rev. crit.*, 1887, XVI, p. 337 s.

(2) *Op. cit*, n. 51.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 142, n. 22, et IV, § 441, p. 722, n. 1; Demolombe, IV, n. 181; Demante, I, n. 300 *bis*, V; Delvincourt, I, p. 79, note 12; Laurent, III, n. 101; Huc, *loc. cit.;* Guénée, *op. cit.*, p. 329 s.; Fuzier-Herman, art. 217, n. 13. — *Contra :* Toullier, XI, n. 39; Duranton, II, n. 497, et XIII, n. 662; Larombière, *Des oblig.*, V, art. 1374, n. 9.

d'avoir chargé de ses intérêts un incapable. Mais on n'a pas voulu sacrifier à ces intérêts ceux de la famille, et il les sauvegarde, d'ailleurs, dans la mesure du possible, au moyen de l'action qu'il a, soit contre la femme, dans les limites qui ont été déterminées, soit contre le mari, s'il a engagé sa propre responsabilité, en tolérant les actes d'immixtion de son épouse. Au surplus, cette dernière éprouvera d'autant plus de difficulté à s'immiscer dans les affaires d'autrui, qu'elle ne peut prendre, envers les tiers avec lesquels elle voudrait entrer en rapports, aucun engagement valable.

2213. Quant au quasi-contrat résultant du paiement de l'indû, il ne rend pas davantage la femme qui n'était point autorisée à recevoir le paiement, débitrice dans les termes du droit commun (1). Partant, lorsque c'est elle qui l'a reçu, elle n'est tenue de restituer, si elle était de bonne foi, que ce dont elle a profité, tandis que sa mauvaise foi l'oblige, non point à rendre tout ce que devrait restituer une autre personne en pareil cas, mais seulement à réparer le préjudice qu'elle a commis par son quasi-délit. Le créancier ne doit s'en prendre qu'à lui-même d'avoir mal payé, et mal payé sous un double rapport, puisqu'il a payé indûment et entre les mains d'un incapable.

2214. Enfin, par une dernière application de notre principe, la femme non autorisée n'en est pas moins assujettie à toutes les obligations qui naissent de ses délits ou de ses quasi-délits (2). Déjà formulée par Pothier (3), cette décision résulte de l'argument d'analogie qu'on peut tirer de l'art. 1310, et surtout de cette règle supérieure, d'ordre public, que toute personne doit être tenue de réparer le préjudice résultant de son fait.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 142, n. 22, et IV, § 442, p. 730, n. 8; Demolombe, IV, n. 182; Duranton, II, n. 499; Delvincourt, I, p. 79, note 12; Laurent, III, n. 101; Huc, *loc. cit.*; Planiol, I, n. 935.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 143, n. 24; Demolombe, IV, n. 178; Demante, I, n. 300 *bis*, V; Duranton, II, n. 493; Delvincourt, *loc. cit.*; Laurent, III, n. 100; Huc, II, n. 247; Planiol, I, n 940; Surville, I, n. 311; Beudant, I, n. 325; Fuzier-Herman, art. 217, n. 17. — Req. rej., 11 janv. 1869, S., 69. 1. 171, D., 69. 1. 208. — Cpr. Req. rej., 18 mai 1885, S., 86. 1. 314, D., 86. 1. 146.

(3) *Op. cit.*, n. 52.

Mais on ne devrait point déduire de cette proposition qu'elle est également capable de donner toute seule son consentement à la transaction qui déterminerait l'étendue de sa responsabilité (1). Car, pour s'appliquer à une obligation ancienne, cette convention n'en est pas moins un acte nouveau, d'autant plus susceptible d'aggraver le poids de celle-ci que l'étendue en était jusque-là indéterminée, et, comme tel, cet acte exige l'intervention maritale.

2215. Ainsi sont marquées positivement les limites de cette autorité. C'eût été aller à l'encontre même des intérêts auxquels elle veille que de priver la femme de la faculté de faire, toute seule, les actes conservatoires de ses droits, puisqu'ils ne peuvent qu'assurer l'intégrité de son patrimoine. Aussi peut-elle incontestablement, sans autorisation, faire inscrire les hypothèques qui lui appartiennent, et notamment son hypothèque légale (art. 2139 et 2194), faire effectuer des transcriptions, comme celles de son acte de mariage ou des donations entre vifs dont elle a été gratifiée (art. 171 et 940), interrompre une prescription, ou faire dresser un protêt (2).

Mais on rentrerait dans la règle si l'accomplissement intégral de l'acte conservatoire obligeait la femme à former une demande en justice, par exemple, à assigner les garants de l'effet protesté, faute de quoi elle perdrait son recours (3), ou bien encore si cet acte devait entraîner à sa charge une obligation à laquelle elle ne pût se soumettre sans être autorisée : tel serait le cas où elle mettrait une surenchère sur les biens d'un de ses débiteurs (4).

2216. C'eût été, d'autre part, dépasser les exigences de l'autorité maritale que de subordonner à son intervention l'exercice de certains droits qui ne sauraient être diminués en

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Larombière, *Des oblig.*, IV, art. 1310, n. 8. — Civ. cass., 15 fév. 1870, S., 70. 1. 212, D., 70. 1. 158. — Cpr. Planiol, I, n. 933.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 143; Demolombe, IV, n. 131; Laurent, III, n. 98; Huc, II, n. 281; Planiol, I, n. 939; Surville, I, n. 341; Beudant, I, n. 324; Fuzier-Herman, art. 215, n. 38, et art. 217, n. 18.

(3) Demolombe, IV, n. 132.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 143, n. 25, et III, § 294, p. 524, n. 62; Demolombe, IV, n. 133; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Traité des priv. et hyp.*, 3e éd., 1906, III, n. 2449. — Rouen, 7 mars 1892, S., 93. 2. 78. — Cpr. Planiol, *loc. cit.*

la personne de la femme, sous prétexte qu'elle est mariée. Or ces droits sont tous ceux qu'elle tient d'une qualité qui doit, pour être pleinement respectée, lui en faire laisser le libre usage, ou qu'un intérêt supérieur à l'intérêt de la famille doit lui faire maintenir. Dans cette catégorie, susceptible d'être plus ou moins étendue, suivant la conception législative des rapports respectifs dans le mariage de l'homme et de la femme, la loi française a fait rentrer comme tels :

2217. 1° Tous les droits qui appartiennent à la mère, en cette qualité, sur la personne de ses enfants, tant légitimes que naturels, sans distinction entre les enfants qu'elle a eus de l'homme avec qui elle est actuellement mariée et ceux qu'elle a eus d'autres œuvres. Telles sont les facultés qu'elle a de consentir à leur mariage, à leur adoption ou à leur émancipation (art. 148 s., 346 et 477) (1). Et, à vrai dire, ne lui permettre d'en user qu'avec l'agrément de quelqu'un, n'aurait-il pas été équivalent à l'en priver, et substituer une résolution étrangère à une volonté qui ne vaut qu'en raison de sa spontanéité ?

C'est au même titre qu'on lui a permis d'accepter les donations faites à l'un de ses enfants, du vivant même de son mari (art. 935) (2), si contradictoire qu'il puisse paraître de lui laisser un droit qu'elle ne possède pas pour elle-même, et dont elle pourrait être tentée parfois de faire le plus mauvais usage.

2218. Comme telle, enfin, elle peut reconnaître, par un acte de sa seule volonté, les enfants naturels qu'elle a eus avant son mariage, qu'ils soient issus ou non des œuvres de la personne à laquelle elle s'est unie (3). Cette solution ressort nettement de

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Empêch. de mar.*, § 5, art. 2, n. 10; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 144, n. 27; Demolombe, IV, n. 167; Huc, II, n. 281; Planiol, I, n. 937; Surville, I, n. 341; Beudant, I, n. 325; Loiseau, *Des enf. natur.*, p. 588; de Fréminville, *De la minorité*, II, n. 1031.

(2) Aubry et Rau, VII, § 552, p. 58, note 2; Demolombe, *loc. cit.*; Demante, IV, n. 74 *bis*. V; Toullier, II, n. 630; Laurent, III, n. 99; Huc, *loc. cit.*; Planiol, *loc. cit.*; Beudant, I, n. 325; Vazeille, II, n. 328. — *Contra :* Grenier, *Des donat.*, I, n. 61. — Cpr. Req. rej., 12 avril 1832, S., 32. 1. 458.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 144, n. 26, et VI, § 568, p. 185, n. 10 et 11; Demolombe, IV, n. 187; Proudhon, II, p. 146 et 181; Toullier, II, n. 961; Duranton, III, n. 257; Delvincourt, I, p. 94, note 11; Huc, II, n. 281; Planiol, *loc. cit.*; Surville,

l'art. 337, puisqu'il se borne à réduire les effets de cette reconnaissance, dans l'intérêt du conjoint et des enfants nés du mariage, et qu'il ne fait entre les deux époux aucune différence, sous le rapport du droit qu'ils ont de la faire. Elle est encore commandée par ce principe de raison que toute personne moralement capable d'exprimer une volonté doit être capable de s'acquitter de cet acte, n'eût-elle pas son entière capacité civile, et qu'elle doit pouvoir le faire seule, dans la plénitude de sa liberté. Vainement objecterait-on qu'en l'accomplissant la femme assume des obligations susceptibles d'être fort lourdes, et qu'en règle son fait personnel est impuissant à l'y assujettir. On répondrait, d'une part, que ces obligations, d'ailleurs restreintes par l'art. 337, dérivent bien plus du fait de la génération, antérieur au mariage, que de la reconnaissance, qui se borne à le constater, et, d'autre part et surtout, que l'intérêt de la moralité publique devait primer l'égoïste intérêt de la famille, et faire accorder à la mère le moyen de remplir un de ses devoirs les plus impérieux.

2219. 2° Le droit pour la femme de révoquer les donations entre-vifs qu'elle a faites à son mari pendant le mariage (art. 1096). Il eût été contradictoire de gêner en sa personne l'exercice d'une faculté que la loi entend réserver entière à chacun des époux (1).

2220. 3° Le droit pour la femme de faire un testament ou de le révoquer (2). Tel était déjà le droit commun dans l'ancienne France, en dépit de quelques Coutumes qui, comme celles de Bourgogne et de Normandie, assujettissaient l'épouse à l'autorisation même pour ses dispositions testamentaires (3). Mais cette exagération d'une autorité qui précisément cesse au moment où le testament produit ses effets, et qui ne doit avoir aucune part dans un acte dont la nature est d'être, comme le dit Pothier, « l'ouvrage de la volonté seule du testateur », a été condamnée par le code civil. Elle l'a été dans

loc. cit.; Beudant, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 217, n. 29 s. — Alger, 11 janv. 1900, D., 1901. 2. 476. — *Contra* : Laurent, III, n. 99, et IV, n. 38.

(1) Planiol, I, n. 938; Surville, I, n. 311.

(2) Demolombe, IV, n. 183 s.; Planiol, *loc. cit.*; Surville, *loc. cit.*

(3) Pothier, *op. cit.*, n. 43 s.; Guy Coquille, *Cout. de Nivernais*, ch. XXIII, art. 1.

l'art. 226, aux termes duquel « *la femme peut tester sans l'autorisation de son mari* », et dans l'art. 905 al. 2, qui répète qu' « elle n'aura besoin ni de consentement du mari, ni d'autorisation de la justice, pour disposer par testament ». Et de ce droit dérive évidemment le droit corrélatif de révoquer des dispositions qui ne sont l'expression de la dernière volonté du testateur que s'il y persiste jusqu'à sa mort.

2221. 4° Le droit pour la femme de régler les conditions et le mode de ses funérailles, conformément à la loi du 18 novembre 1887 et au décret du 27 avril 1889 (1).

2222. 5° Le droit pour elle de révoquer un mandataire, ce mandataire fût-il son mari, car la durée du mandat doit dépendre de la confiance qu'elle a en la personne de celui à qui elle l'a donné (2).

2223. Enfin la femme doit recouvrer son entière capacité lorsque ses intérêts, ceux de la famille, et par suite l'autorité maritale, sont hors de cause. Ainsi se justifie cette proposition, déjà reconnue vraie dans l'ancien droit (3), qu'elle peut valablement, réserve faite du mandat d'exécuteur testamentaire (art. 1029), accepter toute seule le mandat qui lui est confié par un tiers, et faire naître en conséquence tous les engagements que le mandat comporte, mais sans s'obliger elle-même envers personne (art. 1990) (4). Et toutefois il convient d'ajouter que son mari pourrait mettre un terme à ces agissements, au nom du devoir général d'obéissance auquel elle est tenue envers lui. Il serait inadmissible en effet qu'elle pût, pour complaire à son mandant, nouer des relations que le père de famille jugerait incompatibles avec sa dignité, comme avec le rôle de la femme dans le ménage.

2224. Telle est, en règle, l'incapacité dérivant pour la femme de l'état de mariage. Toutefois la loi a réservé aux deux époux la liberté de l'atténuer, dans une certaine mesure,

(1) Planiol, I, n. 937.

(2) Demolombe, IV, n. 186; Fuzier-Herman, art. 217, n. 14. — Caen, 15 juill. 1824, S., 25. 2. 177, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 826.

(3) Pothier, *op. cit.*, n. 49.

(4) Aubry et Rau, V, § 472, p. 137, n. 2, et IV, § 411, p. 639, n. 8 s.; Demolombe, IV, n. 168; Duranton, II, n. 498; Proudhon et Valette, I, p. 462; Planiol, II, n. 2240, et III, n. 2815; Fuzier-Herman, art. 217, n. 23.

par leurs conventions matrimoniales (1), et à la femme la possibilité, dans certaines circonstances, d'en être relevée partiellement, en vertu d'un jugement de séparation de biens (2), ou complètement, en vertu d'un jugement de séparation de corps. Mais ce n'est point ici le lieu de marquer, ni les conditions dans lesquelles sa situation se trouve être ainsi modifiée, ni la mesure dans laquelle elle l'est.

2225. D'autre part, la loi a cru devoir, d'elle-même, étendre les droits de la femme qu'une condamnation pénale a fait transporter dans une colonie, loin de son mari. Aux termes, en effet, de l'art. 41 du décret du 18 janvier 1895, réglant la condition des transportés concessionnaires de terrains dans les colonies pénitentiaires, « la femme transportée qui est mariée, et à laquelle une concession provisoire ou définitive est accordée, et dont le mari ne réside pas dans la colonie, est dispensée de toute autorisation maritale et de celle de justice pour tous les actes relatifs à l'administration, à l'exploitation et à la jouissance de la concession. Elle peut, dans les mêmes conditions, aliéner ou hypothéquer la concession devenue définitive ».

Il en est de même de la femme du transporté, lorsqu'elle réclame et obtient la concession, dans les conditions de l'article 20 du décret. Mais le décret du 8 mai 1899 ne contient rien de pareil en ce qui concerne les femmes mariées à des relégués ou reléguées elles-mêmes.

2226. Enfin le mouvement des idées modernes, favorable à l'émancipation de la femme, et l'évolution économique, qui l'oblige de plus en plus à gagner personnellement sa vie, ont fait, en certaines matières, mettre tout à fait de côté l'autorité du mari, dans l'intérêt de la libre initiative de son épouse. Et c'est ce domaine, de plus en plus large, réservé à l'activité de celle-ci, et constitué par la série d'exceptions apportées au principe de son incapacité, qu'il faut étudier à part, à raison de leur considérable importance, de leur nature propre et de leur commune origine.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 144, n. 28; Planiol, I, n. 932; Surville, I, n. 337 et 338.

(2) Planiol, I, n. 945.

b. *Les exceptions. La loi du 13 juillet 1907* (1).

22261. Ce fut d'abord pour encourager l'esprit d'épargne et de prévoyance, chez la femme mariée, qu'une série de lois spéciales vinrent lui accorder des facultés dont elle était privée, jusque-là, par son état d'incapacité, et qui devaient lui permettre, soit de constituer un petit pécule par ses économies, soit de se mettre à l'abri de certains risques.

Dans le premier ordre d'idées, ce furent la loi du 9 avril 1881 (art. 6), sur les caisses d'épargne postales, et la loi du 20 juillet 1895 (art. 16, al. 4 et 5), sur les caisses d'épargne privées (2), qui lui reconnurent le droit, quel que fût son contrat de mariage, de se faire ouvrir des livrets sans l'assistance de son mari, et de retirer aussi, sans cette assistance, les sommes ainsi déposées, sauf opposition de la part de ce dernier (3). Mais, à cet égard, et comme le montre cette réserve, la femme n'était considérée que comme mandataire tacite du mari, de telle sorte qu'il dépendait de la volonté de celui-ci, soit d'empêcher la femme de disposer des petites sommes qu'elle avait versées, soit, ce qui était mieux, de les retirer lui-même pour les employer à ses dépenses. Toutefois le droit de la femme avait été renforcé, à cet égard, par la loi de 1895 (art. 16 *in fine*), qui lui permettait de se pourvoir par les voies de droit contre l'opposition de son époux. Au surplus, en dix ans, de 1882 à 1893, plus de 450.000 femmes mirent à profit, dans les seules caisses postales, la faculté de se faire ouvrir des livrets, et les oppositions au retrait furent très peu nombreuses.

Dans le second ordre d'idées, ce furent la loi du 20 juillet 1886 (art. 13), sur la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse, et la loi du 1er avril 1898 (art. 12), sur les sociétés

(1) Cf. R. de La Grasserie, *Lois nouvelles*, 1907, 1re part., p. 465 s.; Duvergier, *Coll. des lois*, etc., 1907, p. 348 s.; Pichon, Le libre salaire de la femme mariée, *Rev. crit.*, 1908, p. 17 s.

(2) Cpr. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*, 3e éd., 1906, n. 689 s.

(3) Sur l'application de ces dispositions, cf. Pau, 25 octobre 1899, D., 1900. 2. 125. — Grenoble, 8 avril 1902, D., 1905. 2. 41, et note. — Bourges, 25 mai 1904, D., 1905. 5. 41, et note, 1906. 2. 98. — Dijon, 20 déc. 1905, D., 1906. 2. 327.

de secours mutuels, qui conférèrent à la femme mariée, l'une le droit de faire, seule et sans autorisation, des versements à la Caisse, quel que fût son régime matrimonial, l'autre de faire partie de ces sociétés ou de participer à leur fondation, également sans autorisation (1).

2226 II. Mais ce n'étaient là que des réformes de détail, sur des points intéressants sans doute, mais qui ne portaient qu'une trop timide atteinte à l'incapacité générale de la femme mariée et à sa traditionnelle subordination vis-à-vis du mari. Suffisait-il de l'autoriser à placer quelques économies, et à les placer encore d'une façon précaire, puisqu'il restait loisible au mari d'y mettre la main dessus, en révoquant par là même le mandat tacite en vertu duquel la femme était présumée avoir agi, et surtout qu'il dépendait de lui presque toujours, en vertu de ses pouvoirs ordinaires, de toucher directement même les salaires et les gains personnels de la femme et d'en disposer à peu près à sa guise?

Le plus souvent, en effet, il puisait dans le régime matrimonial le droit de percevoir tous les revenus de la femme, y compris les produits de son travail personnel. Sauf sous le régime, peu fréquent, de la séparation de biens, c'est-à-dire dans la plupart des cas, puisque le régime de la communauté légale est celui des époux qui se marient sans contrat, c'est-à-dire, en fait, de l'immense majorité des ouvriers, et que, même sous le régime dotal le plus souvent, coexiste une communauté conventionnelle plus ou moins réduite, comme celle de la société d'acquêts qu'on est dans l'habitude de stipuler en même temps que lui, le mari trouve dans ses pouvoirs de chef de la communauté la faculté d'exercer sa mainmise sur les produits du labeur de la femme et des les appliquer à tels besoins qu'il juge convenables.

Or, s'il est légitime et naturel que ces produits de l'activité de la femme soient affectés, en première ligne, tout comme ceux du mari, au soutien des charges du ménage et à la subsistance de la famille, puisque, dès que l'évolution

(1) Planiol, I, n. 943; Surville, I, n. 341; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, n. 694 s.

économique condamne la femme au travail, il n'y a pas de raison pour qu'elle ne doive pas contribuer à ces charges, il est inique et il est absurde qu'elle puisse se voir dépouiller des fruits de son labeur par un mari indigne, paresseux ou débauché, et qui fasse servir aux exigences de son inconduite les ressources sacrées du foyer. L'existence de l'autorité maritale, qui permettrait ce gaspillage et qui réduirait la famille à la famine et au désespoir, apparaît alors comme une monstruosité et comme la négation du droit, pour la femme, de travailler et de vivre.

Pourtant les anciens codes n'avaient guère eu souci de sauvegarder cet intérêt primordial, du moins par des mesures appropriées à ces situations ; car, s'ils mettaient à la disposition de l'épouse dont la dot était mise en péril par les agissements du mari, les ressources de la séparation de biens — qui ne pouvait guère être utile qu'aux femmes qui possédaient quelque capital —, ils ne fournissaient pas, à celles qui n'avaient d'autre fortune que leur travail, le moyen simple et rapide de s'en assurer le profit et de le rendre à sa vraie destination, qui est l'entretien du ménage. En face du mari, « seigneur et maître », la femme restait une subordonnée, tenue d'obéir, et tenue aussi, le plus souvent, de gagner en partie sa vie et celle des siens. Mais le droit ignorait les droits de celle qui devenait ainsi, en fait, de plus en plus une associée et une coopératrice des plus utiles, et il continuait à ne lui faire au foyer qu'une place qui était de moins en moins en rapport avec son rôle économique. Ce n'est qu'à l'aide des grands moyens, notamment la séparation de corps ou le divorce, qu'elle pouvait rentrer en possession de son indépendance ou plutôt cesser d'être tout simplement, elle et ses enfants, à la merci du mari.

2226 m. Mais ce désaccord entre la législation et l'état social ne pouvait pas plus longtemps se prolonger. Sous la pression des faits et la poussée du féminisme, tout un mouvement doctrinal extrêmement vif est né, auquel ont participé tout autant les jurisconsultes que les économistes, ce qui est un signe des temps, et le grave problème de la situation de la femme mariée dans le ménage a été scientifiquement étu-

dié (1). En attendant qu'il fût résolu dans toute son ampleur, on s'est accordé pour en détacher la partie dont la solution paraissait la plus urgente, celle qui est relative aux droits de la femme sur les produits de son travail. Et la loi du 13 juillet 1907, sur « le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux charges du ménage », préparée notamment par les discussions de la « Société d'études législatives », a été le résultat, sans doute provisoire et perfectible, de ces efforts méritoires.

Entre tous les systèmes et tous les projets qui ont été développés à ce sujet, et dont on ne saurait, ici, donner même une idée très brève, cette loi (2) s'est prononcée en faveur de celui qui, tout en fortifiant les droits de la femme et en la rendant plus capable de veiller sur l'emploi des produits de son travail, ne consommait pas pourtant une sorte de séparation de biens partielle des époux, séparation à laquelle nos traditions et nos mœurs françaises sont réfractaires. Elle a retenu, en un mot, de la communauté de sentiments et d'intérêts qui doit rester l'âme du mariage, tout ce qu'elle a pu sauver, et elle n'en a sacrifié que ce qu'il fallait pour que le ménage ne fût pas à la discrétion du mari. Et il semble bien que, de la sorte, elle ait bien plus consolidé qu'affaibli la force du lien conjugal.

(1) Cf. Bridel, *Le droit des femmes et le mariage*, 1893; Glasson, *Le Code civil et la question ouvrière*, 2e éd., 1890; Cauwès, *De la protection des intérêts économiques de la femme mariée*, 1894; Bufnoir, *Bull. de la Soc. de lég. comparée*, 1895-96, p. 168 s.; Basset, *Le rôle de la femme mariée dans la gestion des intérêts pécuniaires* (Thèse, Paris), 1896; Morizot-Thibaut, *De l'autorité maritale*, 1899; Aftalion, *La femme mariée, ses droits et ses intérêts* (Thèse, Paris), 1899; Boistel, *Des limites à apporter aux pouvoirs du mari dans l'administration de la communauté, Réforme sociale*, janv. 1902; Lehr, *Le mariage et le divorce dans les principaux pays civilisés*, 1899, n. 128, 131 s.; Binet, *La femme dans le ménage* (Thèse, Nancy), 1904; Turgeon, *Le féminisme*, Paris, 1902; *Bulletin de la Soc. d'études législ.*, 1901-1902, p. 25 s., rapport de M. Tissier, et p. 105 s.; Damez, *Le libre salaire de la femme mariée et le féminisme*, Paris, 1905; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*, 3e éd., 1906, *Préface*, I, p. 1 s., et n. 690 s.; R. de la Grasserie, *Lois nouvelles*, 1907, I, p. 465 s.; Sourdois, *Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail, Rev. trim. de dr. civ.*, 1907, p. 560.

(2) Sur les travaux préparatoires de cette loi, cf. Duvergier, *Coll. des lois*, 1907, p. 148 s.

2226 IV. Trois observations préliminaires doivent être faites, au sujet des caractères généraux de la loi nouvelle :

1° C'est une loi d'ordre public, au bénéfice de laquelle il est interdit à la femme mariée de renoncer, de quelque façon que ce soit, ainsi qu'il ressort des premiers mots de l'art. 1er : « *sous tous les régimes, et à peine de nullité de toute clause* » *contraire portée au contrat de mariage...* ». Elle n'avait pas, à l'origine, été considérée comme telle, puisque le texte voté tout d'abord avait prévu l'insertion d'une clause contraire au contrat de mariage. Mais on a pensé finalement que cette clause risquerait de devenir de style, peut-être à l'instigation des hommes d'affaires, que le futur mari pourrait surprendre l'ignorance et la faiblesse de la femme, qui se dépouillerait des garanties qu'on voulait instituer en sa faveur, et que, du reste, si elle mésusait des facultés que la loi lui accorde, elles pourraient toujours, comme on le verra, lui être retirées. La volonté de lui assurer une protection efficace l'a donc emporté, et avec raison, semble-t-il, sur le principe de la liberté des conventions matrimoniales (1).

2226 V. 2° La loi s'applique même aux femmes mariées avant sa mise en vigueur. « *Les dispositions de la présente loi*, dit en effet l'art. 11, *pourront être invoquées même par les femmes mariées avant sa promulgation.* » En tant que cette loi est simplement extensive de la capacité de la femme mariée et restrictive de l'autorité maritale, il n'y a là qu'une application normale des principes auxquels obéissent, en matière de rétroactivité, les lois relatives à la capacité des personnes. Mais elle est, au contraire, rétroactive, en tant qu'elle est de nature à modifier le jeu des conventions matrimoniales antérieures des époux, et cette rétroactivité a paru nécessaire pour faire profiter immédiatement de ses dispositions toutes les femmes mariées qui pourraient en ressentir le bienfait.

2226 VI. 3° Enfin l'application de la loi reste indépendante de la nature du régime matrimonial adopté par les époux, comme l'indiquent les premiers mots de l'art. 1er. Sous tous

(1) Cf. Disc., au Sénat, de M. Maurice Faure, *Journ. off.*, Sénat, *Déb. parl.*, 25 mai 1907, p. 660 et 661 ; de M. Le Chevalier, *eod. loc*, p. 664 ; de M. Louis Legrand, p. 665 et 666.

les régimes, en effet, la femme peut avoir besoin de la protection qui est organisée en sa faveur. Mais ce n'est pas à dire, cependant, si tel est le principe, que les résultats de son application, relativement au sort définitif des biens réservés à la femme, ne soient pas influencés par ces régimes eux-mêmes. En d'autres termes, il peut se faire que la combinaison de ses dispositions avec les clauses du contrat de mariage, dans la mesure où elle doit être admise, aboutisse, suivant la nature de ce contrat, à des règlements différents du sort de ces biens. Ce qui est vrai, c'est que la capacité de la femme mariée reste toujours la même. Or, d'après le plan même de cet ouvrage, il ne sera question, à cette place, que des modifications apportées par la loi de 1907 à cette capacité, et c'est au Titre et dans le *Traité du contrat de mariage* que celles de ses dispositions qui touchent au jeu des conventions matrimoniales devront être étudiées.

2226 VII. Ces précisions faites, dans quelle mesure la loi du 13 juillet 1907 a-t-elle apporté des modifications à la capacité de la femme mariée?

On peut dire, en une formule générale, qu'elle ne l'a relevée, dans une large mesure, du reste, de son incapacité, que relativement à une seule catégorie de biens, ceux qui, à raison de leur origine particulière et parce qu'ils sont le produit de son travail personnel ou des économies en provenant, doivent constituer, pour la femme, un pécule sur lequel elle doit posséder des pouvoirs très étendus, on sait pourquoi.

2226 VIII. Ces biens, que la loi, dans plusieurs de ses dispositions, appelle elle-même les « biens réservés », quels sont-ils exactement?

Ce sont, aux termes de l'art. 1er, « les produits de son travail personnel et les économies en provenant », les seuls, en effet, pour lesquels l'objet de la loi commandait cette extension de la capacité de la femme.

Par produits de son travail « personnel », il faut entendre ceux qu'elle a acquis en rémunération d'un travail séparé de celui de son mari, comme le montre la disposition explicite du dernier paragraphe de l'art. 1er : « *les dispositions qui précèdent ne sont pas applicables aux gains résultant du*

travail commun des deux époux » : ceux-ci, en effet, ne pouvaient pas, par nature, rentrer dans le pécule de la femme.

Mais le travail qui est la source des biens peut être un travail quelconque, car ce qu'il s'agit de protéger, dans tous les cas, c'est le résultat du travail de la femme. Il n'y a donc évidemment pas lieu de s'arrêter au titre, beaucoup trop restrictif, de la loi : « loi relative au libre salaire de la femme mariée », car il ne s'agit pas seulement de lui assurer la libre disposition d'un salaire véritable. Conformément aux déclarations très explicites du rapporteur de la loi au Sénat (1), et aussi au but même de celle-ci, ainsi d'ailleurs qu'aux dispositions des deux derniers paragraphes de son art. 1er, qui parlent de l'exercice d'une profession en général, elle peut être invoquée, aussi bien que par la femme ouvrière ou employée, par la femme fonctionnaire, professeur, écrivain, artiste, et même commerçante ou artisane, quoique l'exercice d'un commerce ou d'une industrie, même en petit, suppose la possession d'un certain capital, et que les gains de la femme ne soient donc plus dus uniquement à son travail (2). Mais ce sont les gains de son activité, plus que de son travail proprement dit, dont on a voulu lui réserver la large administration, et dès lors on a bien fait de ne pas entrer dans des distinctions dont le principe eût été aussi contestable que l'application en aurait été délicate. Et l'on voit par là combien le domaine de la loi sera vaste, à une époque où les femmes, déjà employées en si grand nombre comme salariées dans les diverses branches de l'industrie, forcent peu à peu, sous la pression du besoin, l'accès des carrières libérales jadis les plus fermées.

2226 IX. Mais ce ne sont pas seulement les biens directement acquis par la femme, en rémunération de son activité, qui constituent son pécule de biens réservés : ce sont aussi tous ceux qui figurent dans son patrimoine en représentation des premiers, et après transformation, comme les acquêts qu'elle a réalisés avec le produit de ses économies, comme

(1) Rapp. de M. Guillier, *Journ. off., Doc. parl.*, 1907, p. 54.

(2) Valéry, *Ann. de dr. comm.*, 1907, p. 396; *Bull. de la Soc. d'études législ.*, I, p. 453 et 458.

les pensions de retraite auxquelles elle a droit, soit qu'elle ait eu à effectuer des versements dans ce but, versements qui équivalent à des économies, soit qu'elle en ait été dispensée, auquel cas elles constituent un produit direct de son travail, comme enfin l'indemnité qui lui est due en réparation d'un accident professionnel et qui est la représentation de l'invalidité dont cet accident est la cause pour elle.

Et la capacité de la femme reste, d'ailleurs, la même au sujet des biens ainsi acquis, même après qu'elle a cessé de se livrer au genre d'occupations qui les avait fait entrer dans son pécule, car le besoin qu'elle peut avoir d'en disposer elle-même reste tout à fait identique.

Au surplus, il importait en effet de soustraire aux actes de disposition du mari bien plus encore les économies réalisées par la femme sur le produit de son activité que ce produit lui même : car celui-ci, et surtout le salaire, la femme le touche presque toujours elle-même et peut ainsi l'employer aux dépenses courantes du ménage, qui, le plus souvent, en exigent impérieusement l'emploi et l'absorbent, tandis que l'épargne est une réserve sur laquelle le mari est particulièrement tenté de porter la main, soit à raison de son importance, soit parce qu'elle n'a pas d'ordinaire une affectation aussi immédiate.

2226 x. Mais le pécule de la femme mariée comprend-il même les produits d'un travail déjà acquis antérieurement au mariage? Il semble bien que rien, ni dans les travaux préparatoires de la loi, ni dans ses termes, ne permette de le dire avec certitude. Pourtant il nous paraît évident que c'est le fruit du labeur de la femme déjà mariée que la loi cherche à mettre à l'abri des actes de dissipation ou d'imprévoyance de son mari, et qu'elle n'a entendu rien ajouter aux ressources que les divers régimes matrimoniaux offrent à la femme, pour sauver ses économies déjà réalisées avant qu'elle ne se marie. Rien alors, en effet, ne l'empêche de prendre toutes ses précautions. Et il faut bien, en outre, qu'il en soit ainsi, sans quoi la femme serait désormais privée, forcément, quand elle travaille, de toutes les garanties qu'elle peut stipuler pour la conservation de sa dot, puisque les pouvoirs

que la loi lui confère ne sauraient être resserrés par une clause du contrat de mariage.

2226 XI. Puisque la capacité de la femme n'a reçu d'extension que quant aux biens qui composent ainsi son pécule, il faut qu'elle puisse établir, quand elle est douteuse, leur consistance et leur provenance. « *En cas de contestation*, dit l'art. 4 de la loi, *la femme pourra, tant vis-à-vis de son mari que vis à-vis des tiers, établir par toutes preuves de droit, même par témoins, mais non par la commune renommée, la consistance et la provenance des biens réservés.* » Ainsi tous les modes ordinaires de preuve sont admis, ainsi que, du reste, il le fallait bien, car les actes qui pourraient être établis entre les époux ne pourraient, tout au plus, que leur être opposables à eux-mêmes (1), réserve faite de la fraude, et les actes intervenus avec les tiers ne sauraient suffire davantage à établir avec certitude l'origine, par exemple, d'un placement fait par la femme.

2226 XII. Mais quelle est donc la capacité de la femme mariée, relativement aux biens de son pécule? Cette capacité, qui est réglée en matière judiciaire par l'art. 6, déjà connu, est déterminée, en matière extra-judiciaire, comme suit, par les quatre premiers alinéas de l'art. 1er, ainsi conçus : « *Sous tous les régimes, et à peine de nullité de toute clause contraire portée au contrat de mariage, la femme a, sur les produits de son travail personnel et les économies en provenant, les mêmes droits d'administration que l'art. 1449 du Code civil donne à la femme séparée de biens. — Elle peut en faire emploi en acquisitions de valeurs mobilières ou immobilières. — Elle peut, sans l'autorisation de son mari, aliéner, à titre onéreux, les biens ainsi acquis. — La validité des actes faits par la femme sera subordonnée à la seule justification, faite par un acte de notoriété, ou par tout autre moyen mentionné dans la convention, qu'elle exerce personnellement une profession distincte de celle de son mari; la responsabilité des tiers, avec lesquels elle a traité en leur fournissant cette justification, n'est pas engagée.* »

(1) Cpr. de la Grasserie, *loc. cit.*, p. 496.

La capacité qui lui est ainsi conférée par la loi de 1907 ressort des trois propositions suivantes :

1° Quant à l'administration des biens réservés, la femme a tous les pouvoirs d'une femme séparée de biens, c'est-à-dire, d'après l'opinion commune, tous ceux que comporte une large administration (1). Elle peut donc passer des baux, recevoir ses revenus et ses capitaux et en donner décharge, s'obliger dans les limites d'une bonne administration, aliéner ses meubles dans les mêmes limites, opérer des placements de ses fonds en valeurs mobilières ou immobilières, etc.

2° Quant à la disposition, à titre onéreux, de ces mêmes biens, la femme peut, en outre, par un élargissement de la capacité qui appartient à la femme séparée de biens (art. 1449, al. 3), aliéner, sans l'autorisation de son mari, les biens ainsi acquis, et, par conséquent aussi, les hypothéquer, les grever de droits réels, compromettre, transiger, et s'obliger contractuellement en dehors même des limites de son administration. Si cette très large capacité lui a été reconnue, c'est parce qu'on a voulu lui permettre de faire servir les biens qu'elle s'est procurés elle-même, par son propre labeur, à parer à toutes les éventualités qui sont de nature à se présenter, sans avoir à se munir d'une autorisation qu'on aurait pu, peut-être, lui faire payer, et qui, en tout cas, aurait gêné sa liberté d'allures (2).

3° Mais, pour le surplus, la capacité de la femme continue à être ce qu'elle était antérieurement, et partant il lui est défendu d'aliéner, sans une autorisation, ses biens, même mobiliers, par donation entre vifs (3), fût-ce pour doter un enfant commun. Et peut-être cette restriction jure-t-elle passablement avec la très large confiance dont on la jugeait digne (4).

2226 XIII. Il semble bien découler de ces propositions que

(1) Cf. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*, III, 3e édit., 1906, n. 1496 s.

(2) Cf. Disc. au Sénat de M. de Lamarzelle, *Journ. off.*, Sénat, *Déb. parl.*, 15 mai 1907, p. 625; de M. Louis Legrand, *ibid.*, p. 623 s.

(3) Cf. Rapp. de M. Violette à la Chambre des députés, *Journ. off.*, *Doc. parl*, 1907, p. 960.

(4) Cf. de la Grasserie, *loc. cit.*, p. 490.

rien n'empêche la femme mariée, soit de s'obliger, sur ses biens réservés, pour le compte du mari lui-même, soit de donner à celui-ci le mandat de toucher ses revenus et même un pouvoir d'administration générale, car il n'y a rien là qui dépasse sa capacité, laquelle, dans le silence de la loi, doit rester la même, dans ses rapports avec son époux, que dans ses relations avec les tiers. Mais, si cette déduction a été expressément admise par certains orateurs, au Sénat (1), elle a été non moins explicitement repoussée par le rapporteur, à la Chambre des députés (2), au nom du danger qu'il y aurait ainsi de voir tourner la loi, et du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Mais ce principe est tout à fait hors de cause, car il s'agit d'une simple question de capacité, et la perspective du danger de voir la femme se dépouiller, sous la pression d'un mari dissipateur, de ses droits, dans lesquels elle pourrait, du reste, rentrer à sa fantaisie, ne saurait tenir lieu d'une prohibition qui n'a pas été formulée par la loi. Il serait d'ailleurs assez naïf de croire que toutes les prohibitions du monde pourraient efficacement défendre, en fait, une femme faible, et qui s'abandonnerait elle-même, contre les suggestions ou les violences d'un mari décidé à parvenir à ses fins.

2226 XIV. Enfin, si la femme qui travaille a ainsi une capacité extrêmement élargie, la loi de 1907 n'a rien changé à sa capacité même de travailler : c'est le droit au produit du travail qu'elle modifie, pourrait-on dire, et non pas le droit au travail. En d'autres termes, la femme qui veut se livrer à un travail quelconque, faire le commerce, contracter un engagement théâtral, reste soumise aux mêmes conditions d'autorisation que par le passé.

2226 XV. Dans les limites de la capacité de la femme qui viennent d'être déterminées, les tiers peuvent traiter en toute sécurité avec elle. Mais, en dehors de ces limites, l'acte auquel ils participeraient, sans qu'elle ait obtenu une autorisation régulière, serait nul, puisque son incapacité demeure

(1) Disc. de M. Maurice Faure, *Journ. off.*, Sénat, *Déb. parl.*, 25 mai 1907, p. 660 et 661.

(2) Rapp. de M. Violette, *Journ. off.*, *Doc. parl.*, 1907, p. 961.

entière. Comment donc pourront-ils recevoir l'assurance que l'acte passé entre eux et la femme est bien effectivement relatif à ses biens réservés, et que, par suite, elle n'a pas, à ce sujet, à se faire autoriser préalablement?

La loi n'a pas voulu que les justifications exigées de la femme fussent telles, c'est-à-dire si rigoureuses, que, de peur qu'elles ne fussent pas encore suffisantes, les tiers fussent portés à requérir une autorisation en règle, pour plus de sûreté : c'eût été compromettre les effets mêmes de la loi. Et c'est pourquoi elle a dispensé la femme d'établir directement que les biens au sujet desquels elle traite sont des biens provenant de son activité personnelle. Il suffit simplement qu'elle justifie qu'elle exerce personnellement une profession distincte de celle de son mari : l'acte est alors présumé se référer aux biens qui constituent son pécule, et, comme tel, valable. Et cette justification, la femme la fournit à l'aide d'un acte de notoriété ou de tout autre moyen mentionné dans la convention, ainsi que l'énonce l'art. 1er, 4e al., par exemple d'un certificat émané du patron qui l'emploie. — Mais encore faut-il un « moyen » tel quel, et on ne saurait évidemment considérer comme tel la simple déclaration de la femme elle-même, ce qui serait la dispenser de toute justification.

2226 xvi. Cette justification fournie, ni la femme, ni le mari, ni leurs héritiers ne seraient admis à prouver que la présomption qui en découle est contraire à la réalité, et qu'en fait l'acte intervenu était relatif à des biens qui ne dépendaient pas du pécule, et, par conséquent, au sujet desquels la femme restait incapable. Cette présomption est une de celles sur le fondement desquelles la loi refuse une action en justice et qui, comme telles, sont irréfragables (arg. art. 1352, 2e al.).

Pourtant, ces personnes ne seraient elles pas admises à faire la preuve contraire, même alors que le tiers avec qui la femme a traité aurait été de mauvaise foi et aurait parfaitement connu la provenance du bien, qui n'était pas un bien réservé, mais, par exemple, un bien échu par succession à la femme?

Malgré les termes absolus de la loi, nous estimons que cette preuve serait admissible contre le tiers, et que celui-ci ne saurait s'abriter derrière une justification qu'il savait pertinemment mensongère. Outre que sa situation n'est nullement intéressante, il n'a certes pas été dans les vues de la loi que la femme puisse, à l'aide d'une fraude aussi simple et dont les tiers se feraient facilement les complices, se soustraire, à sa guise, à l'autorité maritale. On peut dire même qu'au fond il n'y a pas de justification qui puisse prévaloir contre un fait connu de ce tiers. Du reste, la sincérité des tiers de bonne foi ne saurait aucunement souffrir de ce que, dans des cas très exceptionnels, la femme puisse être admise à faire la preuve, d'ailleurs difficile, qu'elle a agi, au vu et au su des tiers intéressés, en dehors de sa capacité.

2226 XVII. Malgré la confiance que la loi nouvelle témoignait à la femme mariée, il fallait prévoir qu'elle pourrait mésuser de la capacité qu'elle lui conférait, ou tout au moins ne pas savoir s'en servir. C'est à cette éventualité que pare l'art. 2 de la loi, lequel est ainsi conçu : « *En cas d'abus par la femme des pouvoirs qui lui sont conférés, dans l'intérêt du ménage, par l'article précédent, notamment en cas de dissipation, d'imprudence ou de mauvaise gestion, le mari pourra en faire prononcer le retrait, soit en tout, soit en partie, par le tribunal civil du domicile des époux, statuant en chambre du conseil, en présence de la femme, ou elle dûment appelée, le ministère public entendu. — En cas d'urgence, le président du tribunal peut, par ordonnance de référé, lui donner l'autorisation de s'opposer aux actes que la femme se propose de passer avec un tiers.* »

Ainsi, dans le cas où la femme ferait servir ses pouvoirs contrairement aux intérêts du ménage, soit qu'elle dissipât des ressources qui lui étaient destinées, soit qu'elle les compromît par une mauvaise gestion (1), le mari peut les lui faire enlever par la justice, et cela dans la mesure même où elle en a mésusé, puisqu'ils peuvent lui être retirés, soit pour la totalité, soit pour partie. Il pourrait donc lui être seulement

(1) Cf. Disc. au Sénat de M. Bérenger, *Journ. off.*, Sénat, *Déb. parl.*, 15 mai 1907, p. 626.

interdit de faire certains actes, par exemple les actes d'aliénation.

C'est au tribunal du domicile des époux, c'est-à-dire du mari, qu'il appartient de prononcer ce retrait, et il statue en chambre du conseil, en présence de la femme ou elle dûment appelée, et sur les conclusions du ministère public. Sa décision est susceptible de toutes les voies de recours, mais, conformément à la disposition expresse de l'art. 10 de la loi, elle est exécutoire par provision, nonobstant opposition ou appel, et sans caution.

Si le retrait est prononcé, et dans la mesure où il l'a été, la femme redevient incapable, dans les termes du droit commun, et elle ne tient plus que de ses conventions matrimoniales les pouvoirs qu'elle peut avoir au sujet des produits de son travail (1).

Mais, aux termes mêmes de l'art. 10, la capacité qu'on lui aurait retirée pourrait lui être restituée par une nouvelle décision, si elle présentait dans l'avenir des garanties d'ordre et de bonne gestion, puisque cette décision reste toujours susceptible d'être modifiée, si la situation le comporte (2).

Il faut regretter d'ailleurs qu'on ait omis, dans la loi nouvelle, d'assujettir toutes les décisions de cette nature à une publicité quelconque.

2226 XVIII. Mais il se pourrait que, malgré la simplicité et la rapidité de cette procédure de retrait, il y eût une urgence encore plus grande à prévenir certains actes déterminés de la femme, dont les conséquences seraient particulièrement préjudiciables. Le mari peut alors obtenir, dans les mêmes conditions, mais par la procédure des référés, le moyen de s'y opposer, en obtenant une ordonnance qui l'y autorise et qui, signifiée à la femme et aux tiers avec lesquels elle se proposait de contracter, la prive du droit de le faire.

Ce n'est là, d'ailleurs, qu'une procédure tout exceptionnelle. Et partant, nous semble-t-il, le mari ne serait pas admis à y recourir habituellement, en se dispensant de faire

(1) Cpr. de la Grasserie, *loc. cit.*, p. 492.

(2) Cpr. de la Grasserie, qui semblerait perdre de vue la disposition de l'art. 10, dans sa critique de la loi.

prononcer le retrait des pouvoirs de la femme, sous prétexte que ce moyen lui suffit. Il n'y a que l'urgence des circonstances qui autorise l'emploi de ce moyen : s'il est prouvé que la femme mésuse de ses pouvoirs, il faut les lui retirer par une mesure d'ensemble, et non par une série d'oppositions successives à des actes déterminés.

2226 XIX. La loi du 13 juillet 1907 a, dans ses art. 3, 4 et 5, réglé, d'une part, le sort des biens réservés, lors de la dissolution du mariage ou lorsque prend fin le régime matrimonial des époux, et, d'autre part, les droits des créanciers, soit de la femme, soit du mari, relativement à ces biens. Mais, comme les règles qui doivent être posées à ce sujet sont de nature à varier avec ce régime lui-même, ce n'est pas à cette place, mais dans le *Traité du contrat de mariage* qu'elles devront être étudiées.

N° 2. Des conditions auxquelles la femme mariée est relevée de son incapacité.

2227. La femme mariée est relevée de son incapacité par une autorisation qui doit émaner, en principe, du mari, et, exceptionnellement, de la justice (1). Ce sont les conditions, de forme ou de fond, de l'un ou l'autre de ces moyens d'habilitation de la femme, qui doivent être maintenant étudiées.

1. *Conditions de forme de l'autorisation du mari.*

2228. Dans le droit actuel, le caractère général de cette autorisation est de n'être rien autre chose que l'assentiment du mari à l'acte que la femme veut accomplir, la permission qu'il lui accorde d'y procéder. Elle ne doit plus être considérée comme une condition extrinsèque de la validité de cet acte, judiciaire ou extrajudiciaire, requise *ad formam negotii*, comme elle l'était généralement, au contraire, dans notre ancienne jurisprudence (2).

(1) Aubry et Rau, V, § 472, p. 146, n. 37 ; Demolombe, IV, n. 212 ; Planiol, I, n. 949 ; Surville, I, n. 343 ; Beudant, I, n. 328. — Toulouse, 18 août 1827, S., 29. 2. 237, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 912.

(2) Aubry et Rau, V, § 472, p. 149 et 150, n. 50 ; Demolombe, IV, n. 190 ; Demante, I, n. 300 *bis*, IX ; Toullier, II, n. 618 ; Laurent, III, n. 111 ; Planiol, I, n. 951. — Cpr. Req. rej., 14 nov. 1820, S., 21. 1. 312.

En effet, dans la plupart des pays de Coutumes, l'autorisation était « quelque chose de plus qu'un consentement » : c'était « un acte par lequel le mari habilitait sa femme à faire le contrat », d'où on inférait, sans nécessité logique du reste, que cet acte devait être solennel. « Il est absolument nécessaire, écrit Pothier (1), que le mari déclare qu'il autorise sa femme. Ce terme est sacramentel, et je ne vois que celui d'*habiliter* qui puisse paraître équipollent. » Faute donc de prononcer le mot *sicut sonat,* comme disait Tiraqueau (2), il n'y avait vraiment pas d'autorisation ; à plus forte raison ne pouvait-elle être tacite (3). Et toutefois ces lois se relâchaient de ces exigences pour les actes judiciaires : le mari était alors « censé suffisamment autoriser sa femme, lorsqu'il était en qualité dans l'instance conjointement avec elle » (4).

Le code a répudié cette rigueur et cette distinction, également injustifiées, et restitué dans tous les cas à l' « autorisation » maritale son caractère de simple « consentement ». La preuve en est qu'il a pris, dans de nombreuses dispositions, ces deux expressions comme synonymes (art. 215 s., 776, 934, 1426, 1449, 1535, 1538 et 1576 C. civ. ; 4 et 5 C. com.), et qu'il a admis comme équivalentes, au moins sous certaines formes, la manifestation expresse et la manifestation tacite de la volonté du mari.

2229. Mais, si ce caractère nouveau de l'autorisation maritale est aujourd'hui incontesté, la doctrine ne s'entend nullement pour en déduire les conséquences. Doit-on en inférer nécessairement, comme le font MM. Aubry et Rau (5), que « la validité de l'autorisation maritale n'est subordonnée qu'aux conditions requises pour la validité de tout consentement en général, et que par suite cette autorisation peut être

(1) *Op. cit.*, n. 68. — Cf. *Introduction au titre X de la coutume d'Orléans*, n. 145 : *Nouv. Deniz.*, II, v° *Autor.*, § 3, n. 2-5 ; Lebrun, *De la comm.*, liv. II, ch. I, sect. IV, n. 14 et 15.

(2) *De legib. connub.*, part. 3, gl. 7, nomb. 3.

(3) Pothier, *op. cit.*, n 69.

(4) Pothier, *op. cit.*, n. 75. — Cf. Merlin, *Rép.*, v° *Autor. mar.*, sect. VI.

(5) *Loc. cit.*, p. 150, n. 51 et 52 ; Toullier, II, n. 633 ; Proudhon, I, p. 466. — Paris, 28 juin 1851, S., 51. 2. 327, D., 52. 2. 22. — Req. rej., 20 nov. 1865, S., 66. 1. 14, D., 66. 1. 112. — Cpr. Demolombe, IV, n. 192.

donnée, soit expressément, soit tacitement »? Ne peut-on admettre, au contraire, avec M. Laurent (1), que « l'art. 217 déroge aux principes généraux en ce qui concerne les caractères du consentement exprès et du consentement tacite »? La contradiction entre les opinions, on le voit, ne peut être plus complète : elle résulte de ce que, tandis qu'aux yeux des uns l'art. 217 a eu pour objet exclusif de consacrer l'innovation que réalisaient les rédacteurs du code civil sur le droit ancien, de telle sorte qu'il ne saurait être interprété restrictivement, les autres y voient une dérogation formelle au droit commun, qu'on méconnaît si on s'écarte des termes mêmes qui la formulent.

Il faut prendre immédiatement parti sur cette question, qui domine toutes les controverses de détail qui vont être exposées. Or nous inclinons fortement à la résoudre dans le même sens que M. Laurent. Cette solution a d'abord pour elle le texte de l'art. 217, qui, loin de considérer comme suffisante toute manifestation de volonté, quelle qu'en soit la forme, exige nettement qu'elle résulte, soit d'un écrit, soit du concours du mari à l'acte. Or suffit-il, pour se croire autorisé à faire abstraction d'une disposition aussi précise, d'alléguer que « ses expressions finales sont plutôt explicatives que restrictives », et qu'on a voulu « surtout exprimer par là que le concours du mari, c'est-à-dire une autorisation tacite, équivaut à son consentement par écrit, c'est-à-dire à une autorisation expresse » ? Mais tel n'est pas le sens nécessaire de cette disposition, et il semble même que ce soit le moins naturel et le plus vague de tous ceux qu'on peut lui donner. Car, pourquoi n'aurait-elle pas dit alors plus simplement que le consentement tacite vaudrait désormais à l'égal d'un consentement exprès? N'aurait-on pas, de la sorte, plus clairement condamné les errements du passé?

Vainement se prévaut-on ensuite du principe que « le consentement n'est, en général, soumis pour sa manifestation à aucune formalité extrinsèque ». La difficulté est justement de savoir si, comme il le paraît d'après son texte, l'art. 217 n'a

(1) III, n. 117. — Cpr. Planiol, I, n. 953; Surville, I, n. 344.

point eu pour objet d'apporter une dérogation à cette règle. Et l'affirmative se recommande de cette considération qu'on a fort bien pu croire à l'opportunité de cette dérogation. Si, en effet, l'autorisation maritale est un acte des plus fréquents en pratique, la possibilité qui se serait offerte d'en prouver l'existence de toute manière, aurait pu être la source de nombreux abus : on aurait fait servir le moindre fait, l'indication la plus équivoque, à l'établissement de cette preuve. Est-il surprenant, dès lors, que la loi ait cru devoir couper court à ces contestations, en assujettissant à des formes précises la manifestation de la volonté du mari? Sans en faire un véritable acte solennel et se montrer ainsi formaliste à l'excès, on peut comprendre qu'elle ait entendu exclure comme insuffisants certains modes de preuve. Et cette interprétation est d'autant plus admissible qu'elle explique seule complètement les termes très précis d'un texte auquel l'opinion opposée prête un caractère de généralité qu'il n'a certainement pas.

Nous ne dirons donc point que l'autorisation maritale peut être soit expresse, soit tacite, mais bien, avec l'art. 217 lui-même, qu'elle résulte du « concours du mari dans l'acte » ou de son « consentement par écrit ». C'est dire que la loi a subordonné l'intervention du mari à des conditions de forme particulières, qui vont être déterminées.

2230. 1° *De l'autorisation donnée par écrit.* — En n'imposant pas de forme spéciale à l'autorisation constatée par écrit, la loi a certainement accepté comme régulier un acte sous seing privé, même une simple lettre missive. Et, de fait, ces écrits peuvent posséder le caractère de certitude que l'on recherche : exiger l'authenticité, c'eût été grever la femme de frais inutiles.

Un acte sous seing privé suffit au cas même où l'opération autorisée doit être constatée dans un acte authentique, comme il en est d'une donation entre-vifs ou d'une constitution d'hypothèque (1). D'une part, l'art. 217 ne formule pour

(1) Aubry et Rau, *loc. cit*, p. 151, n. 54; Demolombe, IV, n. 194; Duranton, II, n. 446; Laurent, III, n. 119; Huc, II, n. 250; Planiol, I, n. 953; Beudant, I, n. 328. — *Contra* : Req. rej., 1er déc. 1846, S., 47. 1. 289, D., 47. 1. 15. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 217, n. 69 s.

l'habilitation de la femme aucune exigence particulière en ce qui concerne les actes de cette nature dont il parle. D'autre part, cette habilitation, pour être nécessaire à la validité de l'opération, ne saurait être considérée, quoi qu'on en ait dit, comme rentrant parmi les conditions de forme de l'acte auquel elle s'applique. Elle lui reste, en quelque sorte, extérieure, et son objet, qui est moins de compléter la capacité de l'une des parties que de lui restituer celle dont elle aurait pu user contrairement aux intérêts de sa famille, ne saurait être confondu avec l'objet des formalités extrinsèques destinées à assurer la libre expression de sa volonté ou à la prémunir contre des entraînements irréfléchis. Or le bénéfice de ces formes protectrices n'en reste pas moins toujours à la femme, de quelque façon que son époux l'autorise. Et c'est parce que ce bénéfice serait, au contraire, enlevé à la personne qui donnerait, par un simple acte privé, mandat de faire un acte solennel, que sa procuration doit être authentique comme l'acte lui-même. Une fausse analogie pourrait seule faire assimiler des situations aussi dissemblables.

2231. En exigeant un écrit, il semble bien que la loi prohibe, d'une manière absolue, l'emploi de la preuve testimoniale, à l'effet d'établir l'existence d'une autorisation verbale, et qu'elle la prohibe quelle que soit la valeur de l'objet de l'acte accompli, fût-elle inférieure à 150 francs, ou lors même qu'il existerait un commencement de preuve par écrit de cette autorisation (1). Cette dérogation au droit commun s'est inspirée du désir de prévenir ainsi beaucoup de contestations, qu'une moindre sévérité n'aurait pas manqué de faire naître. Aussi bien est-il admis, même dans l'opinion d'après laquelle l'autorisation peut être simplement verbale, que l'existence n'en pourrait pas être rapportée par témoins, « lors même qu'on prétendrait qu'elle est intervenue à l'occasion d'un acte juridique d'une valeur inférieure à 150 francs ».

2232. Mais doit-on aller jusqu'à décider qu'en l'absence de tout écrit l'autorisation ne serait même pas susceptible

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 151, n. 53; Demolombe, IV, n. 193; Demante, I, n. 300 *bis*, VII; Laurent, III, n. 118; Huc, *loc. cit.*; Planiol, *loc. cit.*; Surville, I, n. 314; Fuzier-Herman, art. 217, n. 118.

d'être prouvée par l'aveu ou par le serment? Tel est l'avis de quelques auteurs, qui déclarent s'en tenir à la généralité des termes de la loi (1). Ce n'est point que pour eux, pas plus que pour le reste de la doctrine, cet écrit soit requis pour la solennité de l'acte (2). Mais, de ce qu'il n'est pas solennel, on ne saurait déduire, à leur sens, qu'il puisse être suppléé par l'un ou l'autre des deux modes de preuve spécifiés, d'autant qu'ils ne sauraient jamais avoir autant de certitude qu'un titre véritable.

Ces arguments ne sont cependant point décisifs. D'une part, on ne voit pas pourquoi les termes de l'art. 217 comporteraient une interprétation plus restrictive que ceux, tout à fait identiques, qu'on retrouve dans les art. 2044, 2e al., et 2085. Or ces derniers n'empêchent pas d'admettre presque unanimement que l'aveu ou le serment suffisent à établir la preuve d'une transaction ou d'une antichrèse. On cherche, d'autre part, les motifs qui auraient fait exclure ici ces moyens de preuve, alors qu'ils tirent toute leur valeur de la parole de celui auquel on les oppose, et que le concours personnel du mari à l'acte de la femme est tenu comme une marque d'approbation. Comment ne pas considérer au moins comme équivalent, à l'égard du mari, son aveu qu'il a accordé son consentement? Une pareille déclaration, faite en justice, ne devrait rester inopérante que tout autant qu'elle aurait dû être contenue dans un acte solennel antérieur, et l'on convient que cette solennité n'a pas été requise. Il est vrai qu'on peut se demander si l'on ne joue pas sur les mots, dans la doctrine opposée, en reconnaissant que l'écriture n'est point exigée *ad solemnitatem,* mais *ad probationem,* pour décider ensuite qu'en dehors d'elle l'autorisation est à considérer comme n'existant pas, car on ne voit guère ce que la solennité aurait pu ajouter à de telles exigences. Et qu'on ne dise point qu'elle aurait fait exclure la possibilité d'un acte sous seing privé, car, théoriquement, on conçoit fort bien qu'un acte puisse

(1) Laurent, III, n. 118; Huc, II, n. 250. — Cpr. Planiol, *loc. cit.*; Beudant, I, n. 328.

(2) Cf. cep. Planiol, *loc. cit.*

être solennel en dehors de sa constatation dans un titre authentique (1).

2233. Telles sont les formes générales de l'autorisation expresse. Mais la loi du 8 juin 1893 est venue, pour donner des facilités aux époux, déterminer des formes particulières pour les cas où elle est donnée au cours d'un voyage maritime ou par un militaire, soit en temps de guerre, soit pendant une expédition. La déclaration d'autorisation maritale peut être alors reçue exactement dans les mêmes conditions que les actes de consentement à mariage (2).

2234. Du reste, de ce que l'autorisation expresse doive être donnée par écrit, il ne faut point conclure qu'elle doive être mentionnée formellement dans l'acte passé par la femme (3). Ce serait ajouter à la rigueur, déjà suffisante, de la loi, car l'adhésion du mari n'en conserve pas moins le même caractère de certitude, pour n'être pas constaté dans l'acte auquel elle se réfère. Il n'est donc plus nécessaire, comme il l'était dans l'ancien droit, à peine de nullité, « que la femme, par le contrat, se dise autorisée, et contracte avec la qualité de femme autorisée » (4). Il était faux, en effet, de prétendre qu' « en contractant comme femme libre, sans se dire autorisée, c'est la même chose que si elle ne l'avait pas été ».

2235. 2° *De l'autorisation résultant du concours du mari à l'acte.* — Ce mode d'autorisation demande à être d'autant mieux défini qu'il est susceptible d'intervenir dans un plus ou moins grand nombre de circonstances, suivant ce qu'on entend par le concours du mari à l'acte passé par la femme, et que ni la doctrine, ni la jurisprudence ne sont bien fixées à cet égard. Or on ne peut dans ce but consulter, selon nous, que l'intention du législateur, l'expression de « concours » étant susceptible d'être prise dans des acceptions plus ou moins étroites, comme le montrent les interprétations très différentes auxquelles elle a donné lieu.

(1) Demolombe, IV, n. 193; Demante, I, n. 300-*bis*, VII.

(2) Cf. *supra*, n. 1489 s.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 153, n. 64; Demolombe, IV, n. 195. — *Contra :* Toullier, II, n. 617; Fuzier-Herman, art. 225, n. 20. — Cpr. Planiol, I, p. 322, note 1.

(4) Pothier, *op. cit.*, n. 72.

Pourquoi donc a-t-on assimilé à une autorisation formelle, donnée par écrit, l'adhésion qui ressort du concours du mari à l'acte auquel son épouse procède? Parce qu'une loi qui répudiait sur ce point tout esprit formaliste, en se refusant à faire de cette autorisation un acte solennel, se serait contredite elle-même, si elle n'avait point tenu pour équivalente à un consentement écrit cette participation. Elle ne peut être raisonnablement interprétée que comme une approbation, puisque le mari, au lieu de faire une simple déclaration, facilite l'accomplissement d'un acte contre lequel il ne manquerait pas d'élever une protestation, s'il y était opposé. Et quelle pourrait être la valeur morale d'une réclamation qu'il formerait ensuite, au nom de son autorité, alors que les tiers, aussi bien que la femme, ont dû naturellement croire que, par son assistance, il prêtait son appui à l'opération? La forme sous laquelle se produit son concours importe donc assez peu, pourvu qu'il soit certain et non équivoque. Tel est le principe dont on nous paraît devoir s'inspirer, pour dégager les conditions auxquelles ce concours implique approbation de l'acte.

2236. Bien appliqué, ce principe exige, à notre sens, la réunion des deux conditions suivantes :

1° Il faut, mais il suffit sous ce premier rapport, que le mari ait assisté, à un titre et pour un objet quelconques, à l'acte passé par la femme, soit qu'il y ait figuré comme partie proprement dite, ayant dans l'opération des intérêts communs avec celle-ci ou des intérêts opposés (1), soit qu'il y ait participé simplement par son assistance, pourvu que sa présence n'ait pas été purement matérielle.

Par cette proposition nous entendons écarter l'opinion des auteurs qui ne voient de véritable concours du mari que dans le fait par lui de jouer au contrat « un rôle actif », d'y « stipuler » ou d'y « promettre », et qui, très logiquement, considèrent ce concours comme irréalisable lorsque, par la nature des choses, le mari ne saurait être partie au contrat. Tel serait

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 151, n. 56; Demolombe, IV, n. 196; Fuzier-Herman, art. 217, n. 83. — *Contra :* Laurent, III, n. 121; Huc, II, n. 251 et 252. — Douai, 3 août 1846, S., 46. 2. 512. — Cpr. Beudant, I, n. 328.

le cas, selon eux, lorsqu' « il s'agit pour la femme de vendre un de ses immeubles propres », puisqu' « il ne peut jouer dans cet acte juridique aucun rôle personnel, autre que celui d'*auctor* ». Mais ces auteurs nous semblent assez mal venus ensuite à constater que « cette doctrine... est extraordinairement étroite, et a pour résultat d'accentuer le caractère parfois insupportable de l'autorisation maritale ». Nous ne pensons pas, en effet, qu'elle soit réellement celle de la loi. A vrai dire, on chercherait pour quels motifs elle aurait ainsi requis que le mari pût prendre personnellement qualité dans l'acte auquel il intervient. Car son intervention ne paraît pas plus significative, lorsqu'il s'y porte débiteur ou créancier, acquéreur ou aliénateur, que lorsqu'elle ne peut se concevoir, à raison même de son désintéressement, que comme une marque d'adhésion. Si elle devait avoir plus de signification en un cas, ce serait évidemment dans le dernier, puisque son assistance ne peut pas être interprétée autrement. Dans le premier, au contraire, sa présence s'expliquerait toute seule par les intérêts personnels qu'elle a pour objet principal de servir, à ce point qu'on pourrait estimer qu'elle n'a même pas d'autre objet. Ce n'est donc point faire la loi, comme on l'a dit, mais se conformer à son intention la plus naturelle, que de donner à l'assistance du mari, en quelques circonstances qu'elle se produise, le seul sens qu'elle puisse avoir raisonnablement, et de rejeter ainsi une opinion qui interprète sa disposition avec une étroitesse de vues qu'elle est la première à regretter.

2237. C'est ainsi que, dans notre doctrine, il y a concours du mari à l'acte, et partant autorisation, non seulement lorsqu'il agit, en même temps que sa femme et dans des intérêts semblables ou opposés, comme créancier ou débiteur, comme aliénateur ou acquéreur, mais encore lorsque sa présence ne peut s'expliquer que par la volonté de donner son consentement. Ainsi l'a justement décidé la jurisprudence dans le cas d'un compromis passé devant le juge de paix, en présence du mari, entre un tiers et la femme que le litige intéressait seule (1). Ainsi en a-t-elle décidé également dans une hypo-

(1) Aix, 29 nov. 1811, sous Cass., D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 840.

thèse où le tiers auquel une femme avait donné mandat de vendre un de ses propres, avait reçu pareil mandat du mari, qui connaissait pourtant le précédent (1). Quel pouvait bien être, en effet, l'objet de celui-là, sinon de manifester, sous une forme incorrecte, mais d'autant plus claire, l'adhésion du mari au projet de son épouse? Il faut donc faire quelque effort pour voir là, avec M. Huc, une « décision utilitaire ».

Pareillement, le mari qui tire une lettre de change sur sa femme doit être réputé autoriser son acceptation (2), de même qu'en intentant une action contre elle, il doit être censé l'autoriser à ester en justice, aussi bien que s'il procédait dans une instance conjointement avec elle et en la même qualité (3). On ne peut dire, à la vérité, dans les deux premières hypothèses, suivant la juste observation de MM. Aubry et Rau, « que le mari concourt *dans* l'acte d'acceptation de la femme, ou *dans* les actes de procédure faits à sa requête ». Mais il provoque assez ces actes de la femme, pour qu'il doive être considéré comme y ayant consenti à l'avance.

Il nous paraît aller de soi, au contraire, que le concours d'un mandataire du mari à l'acte de la femme n'équivaudrait pas à son concours personnel, si la procuration ne donnait point au représentant pouvoir d'autoriser celle-ci, puisque

(1) Cass., 10 fév. 1886, *Gaz. Pal.*, 1886, p. 454.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 152, n. 59; Demolombe, IV, n. 196; Duranton, II, n 518, p. 470, note 2; Laurent, III, n. 120; Chardon, *op. cit.*, n. 114; Fuzier-Herman, art. 217, n. 90 s. — Paris, 2 fév. 1830, S., 30. 2. 173, D., 30. 2. 84. — Cpr. Civ. rej., 17 janv. 1870, S., 70. 1. 217, D., 70. 1. 102.

(3) Berlier, *Exp. des motifs*, Locré, *Lég.*, XXIII, p. 151, n. 12; Merlin, *Rép.*, v° *Autor. mar.*, sect. VII, n. 16, et sect. VI, § 1; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 152, n. 60 et 61; Demolombe, IV, n. 196; Demante, I, n. 300 *bis*, XII; Duranton, II, n. 467; Laurent, III, n. 125; Huc, II, n. 243 et 257; Planiol, I, n. 955; Fuzier-Herman, art. 215, n. 44 s. — Nancy, 14 avril 1811, S., 12. 2. 443, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 776. — Req. rej., 10 juill. 1811, S., 11. 1. 34, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 834. — Colmar, 12 déc. 1816, S., 18. 2. 190, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 796. — Civ. cass., 5 fév. 1817, S. chr., V. 1. 279, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 834. — Grenoble, 21 fév. 1832, S., 33. 2. 28, D., 32. 2 143. — Req. rej., 3 juin 1835, S., 35. 1. 880, D., 35. 1. 271. — Civ. cass., 24 fév. 1841, S., 41. 1. 316, D., 41. 1. 132. — Nancy, 16 avril 1877, S., 79. 2. 325, D., 79. 2. 205. — Civ. rej., 18 mars 1878, S., 78. 1. 193, note de M. Labbé, D., 78. 1. 201. — Nîmes, 7 mai 1879, D., 79. 2. 133. — Cf. *supra*, note 3 de la p. 720.

rien ne dénoterait en l'espèce la volonté du mandant (1).

2238. Encore faut-il que la présence personnelle du mari n'ait pas été purement matérielle, c'est-à-dire que les circonstances ne démontrent pas qu'elle a été dépourvue de toute signification juridique, sans quoi il n'y aurait plus rien à en inférer (2). Et pour donner un exemple qui fera saisir une idée assez délicate à formuler, le mari qui se serait borné à accompagner sa femme devant un notaire, et qui n'aurait même pas signé l'acte qui constate sa présence, ne devrait pas, en thèse, être réputé y avoir prêté une assistance équivalant à autorisation.

2239. 2° Il faut ensuite que les circonstances dans lesquelles s'est produit le concours du mari à l'acte impliquent, de sa part, connaissance du rôle qu'y joue la femme (3). Sinon, il n'est plus permis de présumer qu'il a effectivement consenti à ce qu'elle le joue. Cette condition ne serait donc pas remplie au cas où le billet souscrit par le mari aurait reçu, au bas, l'engagement, comme caution, de la femme, car il se pourrait que cet engagement eût été pris par elle après coup, et hors de la présence de son conjoint (4). Mais la preuve de l'autorisation nous paraîtrait résulter, au contraire, de ce fait que l'acte de cautionnement est précisément écrit de la main du mari (5). Ce n'est que par une suite d'une opinion déjà réfutée que ce fait pourrait être jugé insuffisant.

2240. Du reste, conformément au droit commun, il appar-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 151, n. 57; Demolombe, IV, n. 196. — Civ. rej., 19 avril 1843, S., 43. 1. 393, D., 43. 1. 244.

(2) Huc, II, n. 251. — *Contra :* Toulouse, 18 févr. 1889, *Gaz. Midi*, 29 mai.

(3) Cf. Req. rej., 30 déc. 1878, S., 79. 1. 106. — Paris, 1er juill. 1870, D., 71. 2. 2.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 153, n. 63; Demolombe, IV, n 196; Laurent, III, n. 121 et 122; Huc, II, n. 251; Planiol, I, n. 954; Fuzier-Herman, art. 217, n. 93 s. — Riom, 2 févr. 1810, S., 14. 2. 99, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 841. — Limoges, 26 mai 1821, S. chr., VI. 2. 418, D , *Rép.*, *loc. cit.* — Trib. comm. Marseille, 31 mars 1863, D., 63. 3. 80. — Trib. Seine, 22 juin 1869, D., 69. 3. 67. — Civ. cass., 22 févr. 1893, S., 93. 1. 182, D., 93. 1. 295. — Req. rej., 30 déc. 1902, S., 1903. 1. 88, D., 1903. 1. 150. — *Contra :* Trib. Annecy, 28 juin 1888, *Mon. Lyon.* 28 déc. — Cpr. Civ. cass., 8 avril 1829, S., 29. 1. 439, D., 29. 1. 213. — Req. rej., 21 oct. 1890, S., 93. 1. 182. — Cf. Fuzier-Herman, art. 217, n. 87 s.

(5) Paris, 14 mai 1846, S., 46. 2. 299, D., 46. 2. 138. — *Contra :* Laurent, III, n. 122. — Cpr. Civ. rej., 17 janv. 1870, S., 70. 1. 217, D., 70. 1. 102.

tient à celui qui se prévaut de l'existence du concours du mari à l'acte d'en rapporter la preuve. Mais il semble bien, exactement pour les mêmes motifs qui ont fait exiger un écrit pour l'autorisation expresse, que cette preuve ne puisse résulter que du titre qui constate l'acte, ou tout au moins d'un aveu ou d'un serment, et qu'il soit impossible de la faire par témoins. Toute autre solution rouvrirait la porte à toutes les contestations qu'on a voulu prévenir, et qui seraient d'autant plus à craindre qu'elles porteraient sur l'existence d'un fait plus équivoque qu'une déclaration expresse.

Au surplus la présomption que tire la loi du concours du mari, une fois prouvé, ne serait pas susceptible d'être combattue par la preuve contraire (arg. art. 1352) (1).

2241. En résumé, toute participation du mari à l'acte accompli par sa femme, qui implique connaissance de cet acte, nous paraît emporter autorisation de sa part. Mais faut-il, par une interprétation encore plus large, admettre, avec certains auteurs (2), que cette autorisation tacite « puisse résulter d'autres faits également concluants, dont l'appréciation doit être abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux »? Il y aurait alors, entre ce dernier cas et celui d'une participation effective, cette différence que celle-ci ferait nécessairement et légalement présumer un consentement, qui pourrait se dégager seulement, dans l'autre, de faits non équivoques établissant, de la part du mari, la volonté d'approuver.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 151, n. 55; — Fuzier-Herman, art. 217, n. 115. — Civ. cass., 22 mars 1831, S., 31. 1. 119, D., 31. 1. 83.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit*, p. 151 et 152, n. 58. — Grenoble, 14 janv. 1830, S., 30. 2. 305, D., 30. 2. 256. — Bourges, 9 juill. 1831, S., 32. 2. 447, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 843. — Paris, 23 août 1851, S., 51. 2. 517, D., 52. 2. 10. — Paris, 9 juin 1857, S., 57. 2. 755. — Trib. Pamiers, 16 juill. 1884, *La Loi*, 8 nov. — Req. rej., 22 juill. 1891, S., 93. 1. 65, et note de M. Labbé, D., 92. 1. 5, note de M. Planiol. — Trib. Montauban, 17 mars 1894, S., 94. 2. 150. — Cpr. Paris, 9 déc. 1875, D., 76. 2. 208. — Req. rej., 6 août 1878, S., 79. 1. 65, et note, D., 79. 1. 400. — Toulouse, 3 août 1900, et observations de M. Perreau, *Rev. crit.*, 1904, p. 225. — Trib. Seine, 15 déc. 1900, *J. Clunet*, 1901, p. 558. — Civ. rej., 17 déc. 1901, S., 1905. 1. 37, D., 1903. 2. 153, *Rev. crit.*, 1903, p. 292, avec les observations de M. Perreau. — Trib. Seine, 13 février 1902, et observations de M. Perreau, *Rev. crit.*, 1903, p. 219.

Nous avons, à l'avance, résolu cette difficulté par la négative, en reconnaissant un caractère restrictif à l'art. 217, qu'il s'agisse des formes de l'autorisation expresse ou de celles de l'autorisation tacite (1). Cette disposition n'aurait pas manqué d'être conçue autrement, si elle avait eu une autre portée. Et il faut d'autant mieux s'en tenir à ses termes qu'on comprend davantage les préoccupations de ses rédacteurs, au sujet de l'autorisation simplement implicite. Vainement objecte-t-on qu'à l'interpréter comme nous le faisons, on ne peut, sans contradiction et sans arbitraire, refuser la même signification à des faits qui, comme la connaissance, la tolérance du mari ou les conseils qu'il a donnés à la femme, sont aussi probants qu'une participation proprement dite. Car on conçoit fort bien que la loi n'ait attaché cette portée qu'à des actes d'intervention assez caractérisés pour constituer un véritable concours, et qu'elle n'ait point jugé suffisamment démonstratifs tous les autres faits, dont il aurait fallu, d'ailleurs, le plus souvent autoriser la preuve testimoniale. Il est vrai que, suivant l'opinion commune, le mari peut autoriser tacitement sa femme à exercer le commerce. Mais on ne saurait convertir en règle une exception qui, quant à elle, se justifie amplement.

Il faut néanmoins ajouter qu'une distinction tend à se faire jour, dans la jurisprudence et dans la doctrine. Tout en maintenant en principe la nécessité d'une véritable coopération du mari à l'acte de la femme, on semble de plus en plus disposé à considérer comme équivalents la connaissance du mari, sa tolérance, son défaut d'opposition, tout au moins pour cette catégorie d'actes pour lesquels on n'est point accoutumé, en pratique, à dresser d'instruments de preuve (2). Cette distinction, en effet, paraîtrait en pratique très rationnelle. On comprendrait que la loi, tout en obligeant les époux à profiter de la

(1) Demolombe, IV, n. 197; Toullier, II, n. 633; Marcadé, I, art. 217-IV, n. 735; Valette sur Proudhon, I, p. 460, note *a*; Laurent, III, n. 123 et 124; Huc, II, n. 251 et 252; Planiol, I, n. 954; Surville, I, n. 344; Beudant, I, n. 329. — Civ. cass., 26 juin 1839, S., 39. 1. 878, D., 39. 1. 249. — Civ. cass., 26 juil. 1871, S., 71. 1. 65, et note, D., 71. 1. 293. — Civ. cass., 20 juin 1881, S., 82. 1. 301, D., 81. 1. 354. — Paris, 12 nov. 1885, *Gaz. Pal.*, 86, p. 98. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 217, n. 73 s., et n. 100 s. — Civ. cass., 22 fév. 1893, précité.

(2) Planiol, *Note*, précitée. — Req. rej., 22 juill. 1891, précité.

confection du titre écrit pour y constater l'autorisation maritale, les dispensât d'en faire un, tout exprès pour en conserver la preuve, faute de quoi le mari serait absolument tenu de concourir à un acte auquel il n'a pas l'habitude de participer. Mais cette solution n'est certainement pas conforme à la tradition que le code a suivie en la matière, et ce n'est pas des textes très généraux de celui-ci qu'il est possible de l'inférer. Quels sont, en outre, ces actes pour lesquels l'autorisation simplement tacite suffirait, à raison des conditions dans lesquelles on est dans l'usage d'y procéder? C'est ce qu'il serait réellement difficile de déterminer sans arbitraire. Aussi nous paraît-il qu'il vaudrait mieux, malgré la commodité de cette opinion, mettre franchement la règle de côté qu'y apporter une exception dont le champ d'application ne saurait être délimité.

2242. Les conditions de forme qui viennent d'être précisées ne sont formellement requises, par l'art. 217, que pour les actes extrajudiciaires. L'art. 215 ne contient point, pour les actes judiciaires, de semblable exigence. Certains en ont conclu que l'autorisation, relativement à ces derniers, était susceptible, conformément au droit commun, de se manifester de toutes manières, expressément ou tacitement. Le caractère logique de cette déduction ne la rend pas plus satisfaisante. Aussi, comme on avoue que cette différence entre les deux sortes d'actes serait rationnellement injustifiable, ne vaut-il pas mieux donner à l'art. 215 une interprétation qui ne prête pas un non sens à la loi, et supposer qu'il se réfère à l'art. 217, quant aux formes dans lesquelles doit se manifester la volonté maritale (1)?

S'il est donc vrai que l'autorisation d'ester en justice puisse et doive résulter, soit du consentement écrit du mari, soit de son concours dans l'instance où la femme est engagée, le code a, contrairement à ce qu'on a parfois affirmé (2), innové sur notre ancien droit. Alors, en effet, le mari devait être

(1) Demolombe, IV, n. 191. — *Contra :* Laurent, III, n. 125. — Crim. cass., 29 juin 1893, D., 95. 1. 463. — Civ. cass., 18 juill. 1904, D., 1905. 5. 24. — Cpr. Trib. Bernay, 29 déc. 1903, D., 1904. 5. 290.

(2) Demolombe, *loc. cit.*

nécessairement dans l'instance « en qualité de mari conjointement avec sa femme », et ne pouvait point lui permettre d'y figurer par une autorisation donnée auparavant (1). Serait-ce pour mettre en relief cette innovation, que l'art. 215 s'est borné à parler d'autorisation en général, sans en préciser les formes?

2. *Conditions de fond de l'autorisation du mari.*

2243. Quant au fond, cette autorisation doit être spéciale. Telle est la règle qui se dégage de l'art. **223**, aux termes duquel « *toute autorisation générale, même stipulée par contrat* » *de mariage, n'est valable que quant à l'administration des* » *biens de la femme* ». Et l'art. **1538** la reproduit sous la forme suivante : « Dans aucun cas, ni à la faveur d'aucune » stipulation, la femme ne peut aliéner ses immeubles sans » le consentement spécial de son mari, ou, à son refus, sans » être autorisée par justice. — Toute autorisation générale » d'aliéner les immeubles donnée à la femme, soit par con- » trat de mariage, soit depuis, est nulle. »

Cette règle a été empruntée à notre ancien droit, qui doit encore aujourd'hui nous aider à en marquer la signification, puisque les rédacteurs du Code n'ont manifesté nulle part le dessein de lui en donner une différente. Or, enseignait Pothier, « l'autorisation du mari doit être spéciale pour tel et tel acte » (2); « l'autorisation du mari doit être expresse et spéciale pour le contrat qui se passe; les autorisations générales portées, soit par une procuration, soit même par un contrat de mariage, par lequel un mari autorise sa femme à disposer comme bon lui semblera de ses immeubles, à les aliéner et à les hypothéquer, sont regardées comme nulles et de nul effet, étant contraires aux lois, en ce qu'elles tendent à mettre les femmes hors de la dépendance en laquelle les lois veulent que les femmes soient de leurs maris » (3). — « J'estime, écrivait Lebrun de son côté (4), que les autorisations doivent

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 75.
(2) *Introd. au tit. X de la Cout. d'Orléans*, n. 146.
(3) *Puissance du mari*, n. 67.
(4) *De la communauté*, liv. II, ch. I, sect. IV, n. 8.

être spéciales en chaque affaire et en chaque contrat. » Et le *Nouveau Denizart* (1) formule la même exigence, attestée seule conforme à la saine interprétation de l'art. 223 de la Coutume de Paris par des actes de notoriété du Châtelet, en date des 22 février 1695, 12 novembre 1699 et 23 février 1708, aux termes desquels l'autorisation doit être « spéciale, mise *in ipso actu*, ou par une procuration faite spécialement pour l'acte qui se passe » (2).

2244. Sans le principe de la spécialité, l'autorité maritale eût risqué, effectivement, d'avoir plus d'apparence que de réalité. Qu'elle fût, comme dans notre ancienne jurisprudence, le moyen de tenir les femmes dans la dépendance plus ou moins étroite de leur conjoint, ou, comme dans notre droit moderne, l'instrument de sauvegarde des intérêts collectifs de la famille, elle aurait été toujours menacée dans son existence, s'il avait dépendu des époux d'en affranchir la personne de celui sur lequel elle s'exerce, par les stipulations de leur contrat de mariage, ou, sous une forme plus déguisée, par les abdications répétées de celui auquel elle appartient. Il fallait donc, pour empêcher le chef du ménage de se dépouiller de l'autorité, c'est-à-dire du droit de contrôle ou de véto, dont il est investi, non seulement lui retirer la faculté de l'abdiquer une fois pour toutes et à l'avance, ce qu'a fait l'art. 1388, mais exiger de lui, comme le font les art. 223 et 1538, qu'il usât de son droit en connaissance de cause, et à l'occasion de chacun des actes particuliers que la femme a le projet d'accomplir. Aussi bien le principe de la spécialité de l'autorisation ne comporte-t-il d'autres dérogations que celles qui résultent du texte même de la loi, qu'on veuille y porter atteinte avant le mariage, et par le contrat qui le précède, ou depuis. Il se pourrait sans doute, et sous ce rapport il a été critiqué, que son observation fût parfois gênante pour la conduite des affaires de la femme. Mais la loi n'avait le choix qu'entre le maintien du principe dans son intégrité et l'énervement ou, trop souvent même, l'anéantisse-

(1) II, v° *Autor.*, § 3, n. 1.
(2) Cf. Pothier, *loc. cit.*; d'Aguesseau, *Œuvres*, 1761, t. II, p. 54 s.

ment de l'autorité maritale. Or il n'est point encore démontré qu'elle ait adopté le mauvais parti (1).

2245. Le principe de la spécialité exige évidemment tout d'abord, de l'aveu unanime, que l'acte autorisé soit déterminé dans sa nature, c'est-à-dire que l'autorisation confère à la femme, soit la faculté d'ester en justice, soit celle d'accomplir un acte juridique d'une certaine espèce, aliénation, emprunt, constitution hypothécaire, etc. Le pouvoir vague qui lui serait accordé de disposer ou de s'obliger équivaudrait, de la part du mari, à une véritable renonciation à des droits dont il ne peut même pas se dépouiller par contrat de mariage (art. 1388) (2).

2246. Le même principe exige ensuite, non moins certainement, que l'acte soit déterminé dans son objet, c'est-à-dire que l'autorisation indique, de façon suffisamment précise, l'objet du litige, de l'aliénation, de l'emprunt, de la constitution hypothécaire, pour lesquels elle est donnée (3). Si le consentement du mari doit être accordé en connaissance de cause, ne doit il pas connaître, non seulement l'espèce d'acte projeté, mais aussi son étendue et ses limites, les biens qui vont être vendus, l'obligation qui va être prise, de manière qu'il ait été réellement mis en mesure d'en calculer la portée et les conséquences ? Il ne suffirait donc point, contrairement à ce qu'ont prétendu de rares auteurs, que le pouvoir de la femme eût reçu une certaine limitation, si cette limitation pouvait laisser encore à l'état indéterminé les biens pour lesquels elle serait autorisée à s'en servir, ou les sommes jusqu'à concurrence desquelles elle aurait licence de s'engager à tel ou tel titre. A se montrer aussi facile, on risquerait de faire de l'intervention du mari une vaine formalité.

2247. Doivent donc être considérées comme n'étant pas suffisamment spéciales :

(1) Cpr. Planiol, I, n. 976.

(2) Aubry et Rau, V, § 472, p. 153, n. 65 ; Demolombe, IV, n. 207.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 153, n. 66 ; Demolombe, IV, n. 207 et 276 ; Laurent, III, n. 113 ; Huc, II, n. 243 et 261 ; Planiol, I, n. 977 ; Beudant, I, n. 329 ; Fuzier-Herman, art. 223, n. 1 s. — Cf. Civ. rej., 4 juill. 1888, S., 91. 1. 113, note de M. Lacoste, D., 89. 1. 357. — Trib. Montauban, 17 mars 1894, S., 94. 2. 150.

1° L'autorisation donnée à la femme d'aliéner ou d'hypothéquer, soit ses immeubles en général, soit ceux qu'elle possède dans tel département (1); car, quoique la première exclue les meubles et la seconde les biens immobiliers sis en dehors d'une certaine circonscription, ni l'une ni l'autre ne laissent apercevoir l'importance de l'acte à faire, faute d'une individualisation suffisante.

2° L'autorisation de contracter un emprunt, sans indication de l'affectation des fonds ou sans limitation de somme (2), car l'une pourrait procurer à la femme les moyens de satisfaire des besoins auxquels le mari n'a même pas pu songer, et l'autre lui permettre de consommer sa ruine, contrairement aux prévisions de celui-ci. En ce sens il a été décidé que l'autorisation de cautionner toutes les dettes que le mari pourrait contracter, dans ses rapports avec un tiers, ou celle qui résulterait ultérieurement d'un compte courant, ne remplissait point notre condition (3).

3° Avant la loi du 13 juillet 1907 (4), l'autorisation d'ester en justice pour toutes les affaires intéressant le commerce de la femme : car c'est à l'occasion et après examen de chaque litige en particulier que cette autorisation est susceptible d'être sérieusement donnée (5).

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, IV, n. 207; Laurent, III, n. 113; Huc, II, n. 261; Beudant, I, n. 329; Fuzier-Herman, art. 223, n. 3 s. — Caen, 27 janv. 1851, S., 51. 2. 428, D., 52. 2. 27. — Orléans, 6 juin 1868, D., 68. 2. 194. — *Contra :* Duranton, II, n. 449.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, IV, n. 207; Laurent, III, n. 113; Huc, *loc. cit.;* Planiol, I, n. 977; Beudant, I, n. 329. — Req. rej., 19 mai 1840, S., 41. 1. 60, D., 40. 1. 310. — Civ. cass., 18 juin 1844, S., 44. 1. 492, D., 44. 1. 306. — Metz, 31 janv. 1850, S., 52. 2. 399, D., 51. 2. 156. — Req. rej., 19 juin 1888, S., 88. 1. 432, D., 88. 1. 478. — *Contra :* Req. rej., 3 janv. 1822, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 852. — Paris, 12 déc. 1829, S., 30. 2. 322, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 853.

(3) Laurent, III, n. 114; Beudant, *loc. cit.;* Planiol, I, n. 977; Fuzier-Herman, art. 222, n. 1. — Berlin, 9 nov. 1846, D., 47. 2. 146. — Metz, 31 janv. 1850, précité. — Bruxelles, 9 mars 1868, *Pasicr.*, 68. 2. 406. — Paris, 21 déc. 1875, D., 77. 2. 149. — Montpellier, 29 nov. 1878, S., 79. 2. 236, D., *Rép. Suppl.*, v° *Mariage*, n. 477. — Req. rej., 12 mars 1883, S., 85. 1. 495, D., 84. 1. 13. — Req. rej., 3 janv. 1898, S., 98. 1. 400, D., 98. 1. 459. — Civ. cass., 16 mars 1898, S., 98. 1. 400, D., 98. 1. 214.

(4) Cf. *supra*, n. 2196.

(5) Beudant, *loc. cit.;* Planiol, I, n. 977; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, 2e éd., Paris, 1889, I, n. 255; Fuzier-Herman, art. 223, n. 9 et 32. — Civ.

2248. 4° L'autorisation donnée à la femme par l'intermédiaire d'un tiers, auquel le mari a conféré le mandat de l'autoriser, sans spécifier lui-même, avec une suffisante précision, l'objet ou la portée des actes auxquels elle s'appliquerait (1). Sans doute il n'est point défendu au mari de se faire représenter par un mandataire, pour manifester sa volonté. Mais encore faut-il que cette volonté soit la sienne, et que, en s'en remettant à son représentant du soin de veiller à la protection des intérêts dont il a la garde, il ne se décharge pas de son autorité et ne la délègue plus qu'il ne l'exerce. Objecterait-on que l'autorisation maritale prend son caractère nécessaire de spécialité, à mesure que le mandataire approuve chacun des actes auxquels la femme entend se livrer? Mais cette approbation émane, en fait, du tiers, et non du mari, que la justice est seule capable de suppléer.

2249. 5° L'autorisation tacite résultant de l'acceptation par le mari du mandat que lui donne la femme de faire des actes dont l'objet ou la portée ne sont pas déterminés (2). Si singulier qu'il paraisse, ce résultat n'en est pas moins seul conforme aux principes. Il pourrait, en effet, sembler étrange que le mari, par l'entremise duquel, précisément, chacun de ces actes doit être effectué, ne soit pas censé connaître suffisamment les conditions auxquelles ils doivent s'accomplir, et que l'on considère son autorisation comme trop générale, alors qu'elle doit nécessairement se spécialiser par l'accom-

cass., 30 janv. 1877, S., 77. 1. 73, D., 77. 1. 348. — Cpr. Civ. cass., 24 fév. 1841, S., 41. 1. 315, D., 41. 1. 132. — Req. rej., 10 nov. 1862, S., 63. 1. 145, D., 63. 1. 212.

(1) Demolombe, IV, n. 209; Fuzier-Herman, art. 223, n. 11 s. — Civ. cass., 2 août 1876, S., 77. 1. 215, D., 77. 1. 101. — *Contra :* Fouquet, *Encycl. du droit,* v° *Autor. de femme,* n. 9. — Cpr. Caen, 15 juin 1877, S., 77. 2. 293, D., 78. 2. 174.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.,* p. 154, n. 67; Demolombe, IV, n. 210; Fuzier-Herman, art. 223, n. 23; Pont, *Des petits contrats,* I, n. 906. — Amiens, 1er mars 1839, S., 40. 2. 28, D., 40. 2. 36. — Req. rej., 18 mars 1840, S., 40. 1. 201, rapp. de M. Troplong, D., 40. 1. 160. — Civ. rej., 15 fév. 1853, S., 53. 1. 145, D., 53. 1. 75. — Civ. cass., 10 mai 1853, S., 53. 1. 572, D., 53. 1. 160. — Civ. cass., 1er fév. 1864, S., 64. 1. 224, D., 64. 1. 423. — Trib. Seine, 19 avril 1901, D., 1903. 2. 371. — *Contra :* Poitiers, 25 fév. 1823, S. chr., VII. 2. 178, D., *Rép.,* v° *Mariage,* n. 852. — Chambéry, 18 fév. 1861, S., 61. 2. 282. — Dijon, 19 fév. 1862, S., 63. 2. 38.

plissement successif de chacun d'eux. Et cependant son caractère de généralité est difficilement contestable.

D'abord on ne saurait conclure, comme on serait tenté de le faire, de la spécialité du mandat à la spécialité de l'autorisation qui s'y applique. Si le premier est spécial et répond à la définition de l'art. 1987, la seconde ne l'est indiscutablement pas, au moins au moment où elle intervient, c'est-à-dire lorsque le mari accepte la mission qui lui est confiée et marque ainsi qu'il n'entend pas s'opposer aux actes projetés par son épouse. Lui serait-il permis en effet de dire, à ce moment, s'ils sont ou non favorables aux intérêts de la famille, alors que leurs conséquences sont susceptibles de différer du tout au tout, suivant les conditions précises auxquelles ils seront passés? Et lui serait-il possible, d'autre part, de permettre à la femme de donner un pareil mandat à un tiers? Or, si son adhésion intervient ainsi à l'aveugle, ce n'est point sa participation à l'acte qui est susceptible d'en changer le caractère et de lui donner cette spécialité en dehors de laquelle elle n'est point valable. Dira-t-on que pourtant, à mesure qu'il remplit le mandat, il précise lui-même les conditions auxquelles il a entendu conférer l'autorisation? Mais il ne fait alors qu'exécuter un mandat qu'il n'a pas pu régulièrement recevoir, puisqu'il n'a pas pu régulièrement l'autoriser, et c'est trop tard qu'il détermine, de la sorte, les limites dans lesquelles il avait entendu permettre à la volonté de la femme de se mouvoir (1). Rien ne peut empêcher qu'à l'instant où cette volonté s'est affirmée, elle ne l'ait fait en termes trop vagues pour que l'autorisation maritale soit venue la relever efficacement de son incapacité. Elle conserve donc sa même infirmité, quels que soient les actes ultérieurs auxquels le mari procède, en se réclamant d'elle.

Il y a enfin d'autant moins de motifs de protester contre la logique de cette solution, qu'elle prévient les dangers d'une procuration que la femme pourrait être tentée, dans un moment de confiance aveugle, de donner ainsi à son conjoint, et qui ferait de lui le véritable maître de sa fortune.

(1) Cf. Pothier, *op. cit.*, n. 70.

2250. Le principe de la spécialité exige enfin que, en outre de l'objet individuellement spécifié de l'acte à accomplir, ses principales conditions soient déterminées, notamment sous le rapport de l'époque à laquelle il sera effectué, de la valeur de l'équivalent qui devra être fourni à la femme, du montant de l'obligation qu'elle pourra souscrire, de l'affectation des fonds qu'elle recevra, des garanties qu'elle doit prendre vis-à-vis des parties avec qui elle contracte. Telle est du moins l'opinion de beaucoup d'auteurs, qui ne nous paraissent point, comme on le leur reproche, « exagérer les exigences de la loi » (1).

C'est bien, en effet, dans ces conditions que l'autorité maritale trouve à s'exercer, c'est-à-dire après que la véritable portée de l'opération a été aussi complètement déterminée que possible, lorsque l'adhésion du mari résulte de son concours à l'acte. C'est bien, pareillement, dans les mêmes conditions qu'à défaut du mari, la justice est appelée à procéder à l'examen de l'acte pour lequel l'autorisation est demandée. Pourquoi donc voudrait-on que, par exception, il fût permis au mari de donner, d'une façon expresse, un consentement qui, par hypothèse, ne serait pas suffisamment éclairé, puisqu'il ignorerait, au fond, exactement à quel objet on peut le faire servir? De ce qu'il le donne par écrit, au lieu de le manifester par sa participation à l'acte, on ne doit pas induire que le caractère en change, et qu'il puisse intervenir sous la première forme dans d'autres conditions que sous la seconde. Si la sauvegarde des intérêts auxquels doit veiller la puissance maritale doit rester une réalité, on ne peut pas admettre que celui qui l'exerce, se contentant de déterminer la nature de

(1) Demolombe, IV, n. 207; Demante, I, n. 306 *bis*, I; Laurent, III, n. 114; Planiol, I, n. 976 et 977; Beudant, I, n. 329; Cubain, *op. cit.*, n. 110. — Bordeaux, 18 mai 1838, D., 39. 2. 97. — Caen, 20 nov. 1838, sous Cass., S., 40. 1. 954, D., 40. 1. 20. — Req. rej., 14 déc. 1840, S., 40. 1. 954, rapp. de M. Faure, D., 41. 1. 20. — Req. rej., 25 nov. 1878, S., 79. 1. 58, D., 79. 1. 412. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 153, n. 66; Duranton, II, n. 449; Huc, II, n. 243. — Poitiers, 25 fév. 1823 précité. — Paris, 16 janv. 1838, S., 40. 1. 201, note 1, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 840. — Toulouse, 22 mai 1876, S., 76. 2. 209, et note, D., 77. 2. 33. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 222, n. 2, n. 10 et n. 14 s.; Chardon, *op. cit.*, n. 113. — Civ. rej., 4 juin 1878, S., 78. 1. 464, D., 79. 1. 36.

l'acte auquel il donne son adhésion, une aliénation, un emprunt, et l'objet de cet acte, le bien à aliéner ou la somme à emprunter, se désintéresse, à l'avance, de toutes les autres conditions auxquelles le contrat pourra se faire, car ce sont elles seules qui permettent de calculer les résultats probables de ce contrat. A quelle époque doit-on vendre? A quel prix? A quelle échéance doit s'opérer le remboursement des fonds empruntés? Quelles garanties doit-on fournir? A quelle affectation doivent être appliqués les capitaux réalisés? Il n'est aucune de ces questions qui n'intéresse la famille, et, suivant la solution qu'elles reçoivent, l'opération peut être appréciée de façons totalement différentes. Le mari ne saurait donc s'en désintéresser, sans abdiquer, plus qu'il n'en userait, le pouvoir qui lui est conféré par la loi, et sans le rendre, en fait, plus ou moins illusoire.

Lorsque la femme n'a qu'un immeuble, par exemple, et que son conjoint souscrit, par avance, à l'aliénation qu'elle en pourra faire, à la date qu'elle-même choisira et au prix qu'elle fixera, on ne peut croire que le principe de la spécialité soit vraiment satisfait et qu'il ne réclame rien de plus. Et ne devient-il pas un vain mot, lorsqu'on voit l'épouse se prévaloir d'une pareille autorisation pour vendre, trente ans après qu'elle lui a été donnée, un bien dont elle emploiera le prix à des dépenses qu'il a été impossible de prévoir? Or, qu'on le remarque, sa prétention ne serait pas contraire à la loi, s'il était vrai, comme l'écrivent MM. Aubry et Rau, qu'il suffit, après que l'acte a été déterminé par sa nature, que « les objets ou les sommes sur lesquels il doit porter soient spécifiés ou limités ». Mais nous ne pouvons admettre qu'un pareil résultat ait été accepté par le législateur, et qu'il ait voulu laisser dégénérer un pouvoir, qu'il a fait fort, en un vain simulacre, qui ne serait embarrassant que pour ceux qui seraient inhabiles à s'en affranchir. Si le principe de la spécialité est passé de notre ancien droit dans le nouveau, c'est parce que, ainsi que l'expliquait Pothier (1), on a voulu proscrire les autorisations qui auraient permis à la femme d'échapper à l'autorité

(1) *De la puiss. du mari*, n. 67.

maritale. Il ne faut donc pas que cette autorité soit admise à s'exercer dans de telles conditions que, tout en rendant hommage au principe, on en consomme au fond la violation.

Pour déterminer, au reste, si ce principe a été respecté, le juge doit jouir d'un pouvoir d'appréciation qui porte sur la nature de l'acte accompli et sur toutes les autres circonstances dans lesquelles l'autorisation a été accordée.

2251. Mais, incontestablement, le principe ne fait pas obstacle à ce que le mari donne, du même coup, son autorisation à plusieurs opérations projetées par la femme, du moment qu'il l'accorde à chacune d'elles en connaissance de cause, c'est-à-dire en précisant les principales conditions auxquelles chacune pourra se faire (1).

2252. D'autre part, ce principe n'est plus en jeu lorsque, même sous le nom d'autorisation, le mari permet à sa femme de faire certains actes relatifs, soit aux biens qui lui appartiennent à lui personnellement, soit aux biens communs, soit à l'administration de ceux qui sont propres à la femme et que les conventions matrimoniales le chargent d'administrer (2). C'est qu'il ne saurait plus être question d'autorisation proprement dite. La femme n'agit plus alors en son nom personnel et pour son propre compte, comme elle doit le faire pour qu'il y ait lieu, de sa part, à être habilitée : elle agit au nom et pour le compte du mari, comme mandataire de celui-ci, et partant sa capacité doit être appréciée d'après les principes du mandat, et non d'après ceux de l'autorité maritale (3). Il faut donc se référer, en ce cas, aux art. 1987 et 1988, et non à l'art. 223.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 154, n. 68; Demante, I, n. 306 *bis*, I. — Req. rej., 10 nov. 1862, S., 63. 1. 145, D., 63. 1. 212.

(2) Demolombe, IV, n. 204 et 205; Demante, I, n. 306 *bis*, III-V; Toullier, II, n. 644; Duranton, II, n. 448; Laurent, III, n. 112 et 115; Huc, II, n. 261; Fuzier-Herman, art. 223, n. 25 s. — Cpr. Req. rej., 6 fév. 1861, S., 62. 1. 72, D., 61. 1. 367. — Cpr. aussi Planiol, I, n. 980-2°.

(3) La femme est généralement considérée comme ayant reçu, soit une autorisation, soit un mandat tacite de son mari, pour toutes les dépenses d'entretien relatives au ménage ou aux enfants. Cette opinion est, d'ailleurs, aujourd'hui, implicitement consacrée par l'art. 3 de la loi du 13 juillet 1907, qui suppose que le mari est toujours tenu sur ses biens propres et, le cas échéant, sur ceux de la communauté des dettes contractées même sans autorisation, dans l'intérêt du

Pour n'avoir pas été faite nettement par Pothier (1), qui confondait, dans son exposé, les actes auxquels procède la femme, soit comme fondée de procuration de son mari, soit en son nom propre, tout en leur appliquant des règles différentes, cette distinction n'en est pas moins certaine. Et toutefois il semble bien qu'il ait subsisté quelque chose de la confusion ancienne dans l'art. 223, qui, en restreignant à l'administration des biens de la femme les effets d'une autorisation générale, « même stipulée par contrat de mariage », laisserait entendre que celle qui ne lui est accordée qu'après le mariage obéit aux mêmes règles, alors qu'à vrai dire il ne s'agit plus d'autorisation, mais bien de mandat.

2253. Enfin le principe de la spécialité comporte des exceptions, dont l'une est, d'ailleurs, susceptible de ne pas être véritablement considérée comme telle, tandis que l'autre a certainement ce caractère.

En premier lieu la femme peut puiser, soit dans les stipulations de son contrat de mariage, soit dans un jugement postérieur, le droit d'administrer ses biens (2), et de faire comme telle, sans autorisation, tous les actes qui relèvent de cette administration. Ce droit lui appartient, notamment, lorsqu'elle est mariée sous le régime contractuel de la séparation de biens, ou que celle-ci a été judiciairement prononcée à sa

ménage. Sur la question cf. Planiol, I, n. 958 et 981 ; Surville, I, n. 344 *in fine*. — Paris, 17 juin 1899 (3 arrêts), *J. Clunet*, 1900, p. 139. — Civ. rej., 17 déc. 1901, S., 1905. 1. 37, D., 1903. 2. 153, *Rev. crit.*, 1903, p. 222 avec obs. de M. Perreau. — Paris, 5 janv. 1904 et Trib. paix Paris, 14 avril 1905, D., 1905. 2. 249 note de M. P. Binet. — Req. rej., 8 nov. 1905, D., 1906. 1. 14. — Cf. encore P. Binet, *La femme dans le ménage* ; Josserand, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1906, p. 151. — Sur les conditions auxquelles la femme peut être ainsi considérée, cf. Trib. paix Ivry-sur-Seine, 24 avril 1906, D., 1907. 5. 2 et Trib. Seine, 9 juin 1905, D., 1905. 5. 26. — Sur la question de savoir s'il s'agit d'un mandat ou d'une autorisation, intéressante à divers points de vue, cf. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Le contrat de mariage*, 3e éd., 1906, I, n. 500 s. — Sur une autre explication de la validité de l'acte de la femme ou, tout au moins, de l'impossibilité pour le mari d'en demander la nullité, cpr. Paris, 30 nov. 1899, *J. Clunet*, 1900, p. 786. — Trib. paix Ivry-sur-Seine, 24 avril 1906, précité.

(1) *Op. cit.*, n. 67.

(2) Nous ne parlons, ici, que de ceux qui ne proviennent pas des produits de son travail personnel ou des économies faites sur ces produits, car pour eux, c'est la loi du 13 juillet 1907, qui, indépendamment de toute clause du contrat de mariage, donne à la femme le droit d'administration.

requête, ou que, mariée sous le régime dotal, elle possède des biens paraphernaux (art. 1449, 1536 et 1576). Mais, comme cette faculté résulte pour l'épouse, soit d'une convention intervenue avant qu'elle eût ce titre, soit d'une décision de justice à laquelle le mari devait être naturellement opposant, on peut être tenté de voir, avec beaucoup d'auteurs, dans les textes qui la lui reconnaissent, bien plus une exception à la nécessité de l'autorisation qu'à la règle de la spécialité. Et toutefois n'y a-t-il point une dérogation à cette règle dans la possibilité qu'ont les époux d'affranchir partiellement la femme, par une clause du contrat de mariage, de l'état de subordination dans laquelle elle doit normalement rester vis-à-vis de son mari ou dans celle, toute semblable, qui s'offre au juge lorsque la dot est mise en péril? Tout en permettant alors de restituer à la femme une portion de ses droits et de l'appeler à gouverner en personne ses intérêts, au lieu d'en laisser la gestion au mari, la loi aurait pu encore faire dépendre la validité de chacun de ses actes de l'intervention spéciale de celui-ci. Il semble donc que, en tant qu'elle relève la femme de la nécessité de cette intervention, dans certaines circonstances, elle ait bien réellement dérogé au principe de la spécialité, pour rendre la gestion de l'épouse à la fois plus libre et plus féconde (1).

2254. Ce n'est point, au surplus, cette question, dont l'intérêt reste purement théorique, de quelque façon qu'on la résolve, que l'art. **223** s'est proposé de résoudre. Sa disposition a eu pour objet de prohiber, même dans le contrat de mariage, toute convention par laquelle les époux étendraient au-delà des limites de l'administration l'autorisation générale donnée à la femme, ou, si l'on préfère, la dispense de cette autorisation. En d'autres termes, le principe de la spécialité reprend tout son empire quant aux actes qui ne rentrent pas dans le pouvoir d'administration, et rien, ni personne, ne saurait, quant à eux, y porter atteinte. Telle paraît bien être la portée de l'art. **223**, soit qu'on le rapproche de l'art. **1538**, qui en précise et en développe la signification, soit qu'on se rap-

(1) Cpr. Laurent, III, n. 115; Planiol, I, n. 980-1°; Beudant, I, n. 321.

pelle qu'il n'y a qu'un mandat, et non une autorisation proprement dite, dans le pouvoir que donne le mari à sa femme, après le mariage, d'administrer en son lieu et place, puisque notre disposition ne saurait être relative à cette hypothèse (1).

2255. Si le principe de la spécialité de l'autorisation ne comporte tout au plus de tempérament, en matière civile, que quant aux actes d'administration que la femme est libre de faire sous certains régimes matrimoniaux, il souffre une dérogation très réelle, et bien plus profonde, en matière commerciale, lorsqu'elle est admise à faire le négoce. « *La femme,* dispose l'art. 220, *si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger, pour ce qui concerne son négoce; et, audit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux. — Elle n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, mais seulement quand elle fait un commerce séparé.* » Et cette règle, reproduite en termes presque identiques par l'art. 5 du Code de commerce, est développée par l'art. 7 du même code qui ajoute : « *Les femmes marchandes publiques peuvent également engager, hypothéquer et aliéner leurs immeubles. — Toutefois leurs biens stipulés dotaux, quand elles sont mariées sous le régime dotal, ne peuvent être hypothéqués ni aliénés que dans les cas déterminés et avec les formes réglées par le Code civil.* » Ces dispositions consacrent bien une exception, non point, comme on l'a dit, et comme semblerait l'exprimer l'art. 220 lui-même, à la règle de la nécessité de l'autorisation, mais au principe de la spécialité (2). La preuve en est que le consentement dont la femme doit être pourvue doit émaner du mari, aux termes de l'art. 4 du C. co., et qu'on admet même, en général, que, par une rigueur particulière, il ne saurait être suppléé par une autorisation de justice. Mais, ainsi que l'expliquait déjà Pothier (3), « l'uti-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 154, n. 69; Toullier, II, n. 644; Duranton, II, n. 448; Planiol, I, n. 980; Beudant, I, n. 321; Fuzier-Herman, art. 223, n. 28 s. — Civ. cass., 24 févr. 1841, S., 41. 1. 315, D., 41. 1. 132. — Cpr. Req. rej., 24 oct. 1906, D., 1907. 1. 14.

(2) Huc, II, n. 262; Lyon-Caen et Renault, *Traité de dr. comm.*, I, n. 245. — Cpr. cep. Planiol, I, n. 982.

(3) *Op. cit.*, n. 21.

lité du commerce et la nécessité ont fait dispenser la femme» d'une autorisation particulière pour chacun des actes de son négoce, « cette femme n'ayant pas toujours son mari à ses côtés, qui puisse l'autoriser pour ces actes, lesquels souvent ne souffrent pas de retardements », et devant jouir de cette liberté d'allures dont le commerce ne saurait jamais être privé sans grand dommage.

Pour déterminer l'étendue de cette dérogation, qui résulte, du reste, du code civil lui-même, force est bien, quoique cette matière relève plus encore du droit commercial et du code de commerce, de rechercher à quelles conditions la femme peut exercer le négoce et quelle influence a sur sa capacité la qualité de commerçante. Aussi bien le tableau de sa situation resterait-il incomplet, sans ces précisions qui sont de la plus haute importance.

2256. *Des conditions auxquelles la femme mariée peut être autorisée à faire le commerce.* — Et d'abord cette question ne se pose que lorsque la femme veut exercer le commerce pour son propre compte. Elle ne se pose point lorsqu'elle entend se borner à aider le mari dans son commerce, à détailler des marchandises pour le compte de celui-ci, ou à exécuter tels autres actes que son négoce comporte : ses pouvoirs et les effets de ses actes sont alors régis par les principes du mandat, et non plus par ceux de l'autorisation maritale (1). C'est cette pensée qu'entendent exprimer l'art. 220 C. civ. et l'art. 5 C. co., lorsqu'ils exigent que la femme fasse un « commerce séparé », et que développait déjà Pothier (2),

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 155, n. 71 ; Demolombe, IV, n. 199 et 202 ; Demante, I, n. 302 *bis*, VIII ; Toullier, II, n. 640 ; Duranton, II, n. 484 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 376 ; Laurent, III, n. 116 ; Huc, II, n. 267 ; Planiol, I, n. 946 ; Vazeille, II, n. 334 ; Allemand, II, n. 962 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 268 et 270 ; Thaller, *Tr. élém. de dr. comm.*, Paris, 1898, n. 115 ; Fuzier-Herman, art. 220, n. 17 s. ; n. 49 s. — Req. rej., 3 août 1859, S., 59. 1. 801, D., 59. 1. 419. Civ. cass., 27 janv. 1875, S., 75. 1. 112, D., 75. 1. 297. — Civ. cass., 10 mai 1882, S., 82. 1. 352, D., 83. 1. 112. — Civ. cass., 11 août 1884, S., 84. 1. 416, D., 85. 1. 296. — Rouen, 15 janv. 1885, S., 87. 2. 186. — Bastia, 30 mars 1892, S., 94. 2. 71, D., 93. 2. 542. — Douai, 19 fév. 1894, D., 94. 2. 600. — Cpr. Civ. cass., 1er mai 1820, S., 20. 1. 416. — Montpellier, 6 août 1867, sous Cass., D., 69. 1. 208. — Paris, 9 déc. 1875, D., 76. 2. 208. — Cf. Paul Bressolles, *De la femme du commerçant* (Thèse, Paris), 1887.

(2) *Op. cit.*, n. 20.

quand il la comparait « à un facteur, ou à une fille de boutique, lesquels, lorsqu'ils contractent pour leur maître, ne sont pas censés contracter en leur nom, et ne s'obligent pas, mais obligent leur maître, qui est censé faire lui-même, par leur ministère, les contrats qu'ils font pour lui, et qu'il est dans l'habitude de faire par leur ministère ». En d'autres termes, il n'y a plus lieu de se demander alors dans quelle mesure la femme est autorisée à s'obliger, puisqu'elle ne s'oblige pas elle-même, mais bien dans quelles limites elle peut obliger son mari, supposé seul commerçant.

2257. D'ailleurs, pour que la femme soit réputée marchande publique, il n'est point nécessaire, comme on aurait pu l'inférer des termes ambigus de l'art. 235 de la Coutume de Paris, qu'elle fasse un commerce « autre que celui de son mari », c'est-à-dire dont l'objet soit différent (1). Il suffit qu'elle fasse un « commerce séparé », c'est-à-dire, suivant le sens qu'on a entendu donner à ces expressions nouvelles, que ses opérations, comme telle, soient distinctes de celles de son conjoint, et que ses intérêts ne soient point, à cet égard, confondus avec ceux du mari, également négociant (2).

2257 *bis*. La question de savoir si une femme mariée fait personnellement le commerce ou doit seulement être considérée comme détaillant les marchandises du commerce de son mari, est une question de fait, que les juges de première instance ou d'appel décident souverainement (3). Toutefois, si le mari et la femme exploitaient ensemble le même commerce, il y aurait, sinon une présomption *juris et de jure*, comme l'a dit un arrêt (4), du moins une grave présomption de fait que la femme n'est que la préposée du mari. Mais cette présomption ne serait pas irréfragable, et elle doit l'être si peu qu'il se pourrait très bien, en fait, que, tout au con-

(1) Cf. Pothier, *op. cit.*, n. 20.

(2) Demolombe, IV, n. 200; Planiol, I, n. 946; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 269. — Cpr. Civ. cass., 27 janv. 1875, précité. — Civ. cass., 19 janv. 1881, S., 82. 1. 158, D., 82. 1. 63. — Civ. cass., 11 août 1884, S., 84. 1. 416, D., 85. 1. 296. — Req. rej., 12 juill. 1887, S., 87. 1. 384.

(3) Cf., à titre d'exemple, Trib. com. Saint-Etienne, 25 juill. 1905, D., 1906. 5. 25.

(4) Montpellier, 5 mai 1906, D., 1906. 2. 217, note de M. Valéry.

traire, le mari fût le préposé de sa femme (1), comme cela pourrait résulter manifestement des circonstances, et, par exemple, du fait qu'elle aurait épousé un de ses employés et n'en aurait pas moins conservé la direction de l'affaire (2).

2258. Il n'est nullement nécessaire, pour que la femme puisse devenir commerçante, qu'elle tienne boutique ouverte, car on peut être dans les affaires sans avoir même de bureau : il suffit à cet égard, conformément à l'art. 1er C. co., qu'elle exerce des actes de commerce et qu'elle en fasse sa profession habituelle, dans le sens où doivent être interprétées ces exigences (3).

Il suit de là que, si la femme voulait faire à titre accidentel, et non professionnellement et habituellement, des actes de commerce isolés, elle pourrait et devrait y être autorisée de la même façon que pour effectuer tous autres actes, et que sa capacité, sous ce rapport, resterait exactement ce qu'elle est d'après les principes généraux qui la gouvernent (4).

Il faut noter, toutefois, que, conformément à l'art. 113 C. co., la signature apposée par une femme, même autorisée, sur une lettre de change, ne vaut à son égard, si elle n'est pas commerçante, que comme une simple promesse (5).

2259. Mais l'aptitude de la femme mariée à devenir commerçante semble soumise à une règle particulière, que pose en ces termes l'art. 4 C. co. : « *la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari.* »

Sa particularité consiste d'abord, de l'aveu de tous, en ce que ce consentement ne doit pas nécessairement être donné par écrit ou résulter du concours du mari aux actes accomplis par la femme : la tolérance de celui-ci, au vu et au su duquel la femme agit, est tout à fait équivalente (6). Cette décision,

(1) Cpr. Req. rej., 5 nov. 1900, S., 1901. 1. 278, D., 1901. 1. 463.

(2) Cpr. Valéry, *op. cit.*, p. 398.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 155, n. 71 ; Demolombe, IV, n. 201.

(4) Demolombe, IV, n. 304 ; Huc, II, n. 262 ; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, 2e éd., Paris, 1889, I, n. 243 ; Thaller, *op. cit.*, n. 104 ; Fuzier-Herman, art. 220, n. 2 s. — Trib. Lyon, 16 janv. 1869, S., 69. 2 273, D., 69. 3. 29.

(5) Sur l'explication de ce texte, cf. Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, IV, n. 497 s.

(6) *Disc. au C. d'Etat*, Locré, *Lég.*, XVII, p. 133, n. 2 ; p. 151 s., n. 4, et p. 158 s.,

déjà formulée, au XVIe siècle, dans cette règle des *Institutes coutumières* de Loysel (1) : « femmes mariées sont tenues pour autorisées de leurs maris, en ce qui est du fait des marchandises, dont elles s'entremettent à part, et à leur sçu », se retrouve explicitement dans le commentaire de Pothier (2). Il appartient, d'ailleurs, au juge du fait d'apprécier si le silence du mari vaut autorisation pour son épouse.

2260. Mais le texte, qui consacre cette première anomalie, n'en consacre-t-il pas une autre encore plus importante, et qui consisterait en ce que la femme ne saurait être, en aucun cas, autorisée par la justice à défaut du mari? Cette grave difficulté peut se présenter, soit quand il refuse son autorisation, soit quand il est dans l'impossibilité physique, morale ou légale de la donner, parce qu'il est absent, privé de ses facultés mentales, interdit, ou condamné à une peine afflictive ou infamante : la justice doit-elle être admise à suppléer un consentement qui se refuse, ou qui ne peut même pas se manifester?

Même en pure théorie l'hésitation serait permise. Car, si on a quelque peine à dénier à la femme, lorsque son conjoint est hors d'état de la lui accorder ou ne la lui refuse que par mauvais vouloir, une faculté qui peut lui être précieuse, en assurant à la famille comme à elle-même des ressources indispensables, on peut craindre aussi de porter une trop rude atteinte à l'autorité du chef du ménage, en admettant le juge à donner à l'épouse, contre la volonté du mari ou tout au moins à son insu, une licence comme celle de commercer, dont les conséquences morales peuvent n'être pas moins gra-

n. 2; Aubry et Rau, V, § 472, p. 152 et 153, n. 62; Demolombe, IV, n. 197 et 198; Demante, I, n. 302 *bis*, II; Toullier, II, n. 636, et XII, n. 241; Duranton, II, n. 475; Delvincourt, I, p. 80, note 4; Laurent, III, n. 123; Huc, II, n. 264; Planiol, I, n. 956; Vazeille, II, n. 329; Cubain, *op. cit.*, n. 588; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 245; Thaller, *op. cit.*, n. 100; Fuzier-Herman, art. 220, n. 10 s. — Req. rej., 27 mars 1832, S., 32. 1. 365, D., 32. 1. 168. — Req. rej., 27 avril 1841, S., 41. 1. 385, D., 41. 1. 219. — Req. rej., 31 mai 1875, D., 76. 1. 390. — Req. rej., 17 janv. 1881, S., 81. 1. 405, D., 81. 1. 225. — Paris, 18 déc. 1885, D., 96 2. 443. — Req. rej., 12 juill. 1887, S., 87. 1. 384. — Req. rej., 1er mars 1897, S., 97. 1. 352. — Cpr. Paris, 6 juin 1896, D., 96. 2. 471.

(1) Liv. I, *reg.* XXXIX.

(2) *Op. cit.*, n. 22.

ves que les conséquences pécuniaires. D'un côté, la femme doit pouvoir subsister par son travail et faire vivre les siens; mais n'appartient-il pas, d'autre part, exclusivement au mari de lui permettre de nouer avec les tiers ces relations que supposent les affaires et d'engager son nom dans des spéculations qui peuvent mal tourner?

2261. On comprend que, déjà embarrassée pour donner à cette délicate question une solution théorique, la doctrine ait profité de tous les arguments que lui fournissaient les textes pour faire triompher celle qui semblait le plus en harmonie avec les mœurs de l'époque, c'est-à-dire avec la suprématie de l'homme dans le mariage. Elle admet donc, très généralement, que la femme ne saurait être autorisée que par son mari à faire le commerce (1). Telle paraît bien être, observe-t-elle en premier lieu, la règle que pose l'art. 4 du code de commerce : ni lui, ni un autre ne fait allusion à la possibilité pour la justice de suppléer au consentement du mari. Objecte-t-on qu'il a dû naturellement se référer aux principes généraux du code civil, d'après lesquels la justice est appelée précisément à remplir ce rôle supplétoire, et que, lorsque, pour une raison ou pour une autre, en fait ou en droit, l'exercice de l'autorité maritale se trouve suspendu en la personne du mari, il faut bien qu'il passe au juge, pour que l'action de l'épouse n'en soit pas paralysée? La doctrine répond que les art. 218, 219, 221, 222 et 224 du code civil, comme les art. 861 s. du code de procédure, n'accordent ce pouvoir aux magistrats que lorsqu'il s'agit pour la femme de plaider, de contracter ou de passer un acte, et non point de se livrer à cette série indéfinie d'opérations auxquelles entraîne

(1) Aubry et Rau, V, § 472, p. 145, n. 33, et p. 155, n. 70; Demolombe, IV, n. 248; Demante, I, n. 302 *bis*, IV et V; Marcadé, I, art. 220-I, n. 739; Laurent, III, n. 135; Huc, II, n. 262; Beudant, I, n. 332; Chardon, *op. cit.*, n. 190; Cubain, *op. cit.*, n. 586; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 250; Thaller, *op. cit.*, n. 101 s.; Beslay, *Des commerçants*, n. 306 s.; Thaller, *Rev. crit. de lég.*, 1882, XI, p. 752. — Trib. Lyon, 16 janv. et 13 mars 1869, S., 69. 2. 273, D., 69. 3. 29. — *Contra* : Paris, 24 oct. 1844, S., 44. 2. 581, D., *Rép.*, v° *Commerçant*, n. 177. — Grenoble, 27 janv. 1863, S., 63. 2. 79, D., 63. 5. 38. — Lyon, 14 août 1872, *le Droit*, 19 fév. 1873. — Cpr. Planiol, I, n. 969-1°; Surville, I, n 352; Fuzier-Herman, art. 220, n. 1 s.

le négoce. Elle ajoute que cette différence est rationnelle, car, en outre des considérations générales qui ont été déjà présentées, si les magistrats sont aptes à prévoir et à apprécier les conséquences d'un acte isolé, judiciaire ou extrajudiciaire, ils le sont infiniment moins à rechercher si la femme a les qualités nécessaires pour devenir une bonne commerçante. Le silence de l'art. 4 a donc été intentionnel, comme il semble ressortir des travaux préparatoires (1), et ce silence est d'autant plus significatif qu'il eût fallu une disposition explicite pour permettre à la justice de donner, contrairement au principe de la spécialité, une autorisation générale comme celle que le mari, seul, a été expressément admis à accorder. La doctrine fait observer, enfin, que les art. 220 C. civ. et 5 C. com., en décidant sans restriction que la communauté est tenue des obligations de la femme commerçante, donne à entendre, par là même, que le consentement du mari est indispensable, car les actes de la femme ne sauraient réfléchir contre la communauté, sans la volonté de son chef, en dehors des cas exceptionnels consacrés par la loi.

2262. Peut-être aucun de ces arguments n'aurait-il paru être sans réplique, s'ils n'avaient tous contribué à établir juridiquement une solution qui se trouvait seule d'accord avec l'opinion publique du temps. Une objection capitale, à notre sens, aurait pu leur être faite : n'admet-on point, malgré le silence absolu du code, que le pouvoir que le mari tient de sa situation de chef de famille n'est pas un pouvoir sans contrôle, et que la femme est libre d'appeler de ses décisions au juge, pour qu'elles ne dégénèrent pas en une véritable oppression? Or, si le juge est ainsi admis à pénétrer dans des domaines d'où son intervention aurait pu être exclue, par ce motif que le conflit qui s'élève entre époux, au sujet d'une question non relative au patrimoine, ne semble guère être de la compétence d'une autre autorité que l'autorité domestique, comment lui serait-il interdit de statuer, en connaissance de cause, sur l'opportunité qu'il y a pour la femme

(1) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, XVII, p. 132 s., n. 2-4, p. 151 s., n. 4, et p. 158 s., n. 2 et 3.

à faire le commerce, c'est-à-dire en définitive des actes juridiques, dont la portée peut n'être pas plus grave que celle d'un emprunt ou d'une aliénation? Que cette objection, pourtant, n'ait été nulle part soulevée, rien ne montre mieux qu'on a cherché dans la loi une décision que les mœurs semblaient alors imposer.

2263. Mais, quel que fût le despotisme du préjugé courant, il s'est trouvé des esprits pour s'en affranchir dans les cas où il était le plus lourd, et pour restituer au juge, au moins en certains cas, la faculté d'autoriser la femme, à défaut du mari. Seulement, étant donné leur point de départ, leurs distinctions, en une matière où le texte n'en fait pas, ne pouvaient qu'être arbitraires. Et c'est pourquoi, si la jurisprudence a pu, grâce à elles, donner satisfaction aux besoins les plus impérieux de la pratique, elles n'ont pu être reçues par la doctrine, en quoi celle-ci n'est restée que logique. C'est ainsi que, d'après les uns (1), l'autorisation est susceptible d'être accordée par le juge, sinon en cas de refus du mari, du moins lorsqu'il est incapable de l'accorder lui-même, puisqu'il s'agit simplement alors de suppléer à sa volonté, et non d'aller à l'encontre. Mais les autres (2), constatant, d'une part, que même alors le mari pourrait souffrir des conséquences des actes de son épouse, s'il y a communauté entre eux, et regrettant, d'autre part, que, même lorsque cette communauté n'existe pas, la femme soit tenue de s'incliner devant l'opposition de son conjoint, reconnaissent au juge le droit de passer outre, du moment que la séparation de biens a dissocié les intérêts des époux. D'autres (3) enfin, qui restaient surtout préoccupés des conséquences morales de l'autorisation, n'entendaient reconnaître au juge, avant la loi du 6 février 1893, le droit de la conférer qu'autant que la séparation de corps était venue faire cesser cette communauté d'existence et d'in-

(1) Duranton, II, n. 478; Marcadé, I, art. 220-1, n. 739; Demante, *loc. cit.*: Chardon, *op. cit.*, n. 191; Massé, *Dr. comm.*, II, n. 1114. — Cpr. Thaller, *op. cit.*, n. 102.

(2) Thaller, *loc. cit.* — Cpr. Paris, 24 oct. 1844, précité.

(3) Caen, 8 juin 1846, *Rec. Caen*, 1846, p. 320. — Cpr. Grenoble, 27 janv. 1863, précité. — Cf. Serrigny, *Gaz. Trib.*, 20 juill. 1860.

térêts qui, même lorsque les époux sont séparés de biens, doit permettre au mari de surveiller les agissements de la femme.

Mais il était trop facile d'écarter toutes ces opinions en remarquant que, si elles pouvaient avoir un fondement rationnel, plus ou moins contestable d'ailleurs, ainsi que l'accusaient leurs divergences, elles n'en avaient aucun dans les textes, et que, dans le silence de ceux-ci, la difficulté devait être résolue dans un sens absolu. C'est dans le sens du droit, pour le juge, de suppléer, dans tous les cas, au consentement marital, qu'il aurait fallu se prononcer, suivant nous, comme l'ont fait explicitement beaucoup de législations étrangères. Il eût suffi, pour cet objet, de s'élever au-dessus de préjugés qui peuvent priver la femme de tous moyens d'existence, et de ne pas s'en tenir à la lettre des textes, alors que, par ailleurs, ils n'ont pas empêché d'assujettir les pouvoirs du mari, quant à la direction des destinées de la famille, au contrôle supérieur du pouvoir judiciaire.

2264. Le consentement du mari, toujours nécessaire si on admet l'opinion générale, est-il, d'autre part, toujours suffisant, pour habiliter la femme à faire le commerce? Cette question se pose dans plusieurs cas.

Il se peut, d'abord, que le mari soit mineur, alors que la femme est majeure elle-même. Par une conséquence logique de l'opinion courante, on pourrait fort bien admettre que la femme ne peut être alors autorisée par personne, comme si son conjoint était interdit, son incapacité devant produire les mêmes résultats, de quelque cause qu'elle procède. Mais on doit se féliciter de ce que les auteurs ne se soient pas arrêtés à cette assimilation. Ils ont observé, pour la repousser, que la justice doit pouvoir au moins *compléter,* sinon *suppléer,* la volonté du mari, et que sa minorité ne l'empêche pas de la manifester, de manière qu'elle reçoive de la confirmation d'une autre autorité la force qu'elle ne trouve pas en elle (1). Ils ne fortifient guère, d'ailleurs, cette argumentation, en ajoutant qu' « il serait bien étrange que la loi eût refusé à une personne majeure la faculté de faire le commerce, tandis

(1) Cpr. Demante, I, n. 302 *bis,* V; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.,* I, n. 247.

qu'elle l'a accordée même à des mineurs », car cette remarque serait tout aussi vraie appliquée à la femme qui serait pourvue d'une autorisation judiciaire, à défaut de celle que le mari lui aurait refusée.

Quant à l'autorité qui est appelée à compléter le consentement du mari mineur, il nous paraît que ce doit être la justice, c'est-à-dire la même qui suppléerait ce consentement, si la chose était possible (1). Il faut donc rejeter l'opinion d'après laquelle le mari devrait obtenir lui-même l'autorisation dont les conditions sont déterminées par l'art. 2 C. co., car c'est la femme qui doit faire le négoce, et non lui.

2265. Il se peut ensuite, et plus fréquemment, que la femme d'un mari majeur soit encore en minorité, mais âgée d'au moins dix-huit ans, et par suite légalement en situation de faire le commerce. On s'accorde à peu près à décider qu'au consentement du mari, qu'elle doit obtenir toujours, pour rendre hommage à l'autorité maritale, elle doit joindre, conformément à l'art. 2 précité, et d'après les circonstances, le consentement de son père, ou celui de sa mère, ou celui enfin du conseil de famille, dûment homologué. Comme l'une des incapacités n'absorbe pas l'autre, elle doit être, à la fois, relevée des deux, suivant les principes qui les régissent respectivement. Et vainement allèguerait-on que l'autorisation de son conjoint doit suffire, puisqu'il cumule la qualité de mari et celle de curateur. L'art. 2 montre que l'autorisation n'émane jamais du curateur, ce qui n'est que logique, puisqu'elle dépasse par ses conséquences la portée des actes pour lesquels son assistance suffit à l'émancipé (2).

2266. Il se peut encore que les époux soient tous deux

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 247. — Cpr. Duranton, II, n. 478.

(2) Demolombe, IV, n. 249; Duranton, II, n. 476; Beudant, I, n. 332; Chardon, *op. cit.*, n. 194; Massé, *Dr. commerc. et Dr. civ.*, II, n. 1114. — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 246. — Ile Maurice, 1er juin 1819, S. chr., VI. 2. 80. — Toulouse, 26 mai 1821, S., 22. 2. 36, D., *Rép.*, v° *Commerçant*, n. 173. — Paris, 20 févr. 1872, *Journ. des trib. de comm.*, 1872, p. 259. — Poitiers, 5 mai 1880, D., 80. 2. 252. — Trib. comm. Seine, 2 mars 1881, *Le Droit*, 18 mars. — *Contra* : Fuzier-Herman, art. 220, n. 7 s. — Grenoble, 17 févr. 1826, S., 26. 2. 250, D., 26. 2. 137. — Req. rej., 3 août 1859, S., 59. 1. 801, D., 59. 1. 419. — Cpr. Paris, 23 avril 1861, S., 61. 2. 412, D., 61. 5. 83.

mineurs, auquel cas les deux solutions précédentes doivent être évidemment combinées (1).

2267. Il se peut enfin que le mari soit pourvu d'un conseil judiciaire. Tout naturellement il appartient à lui seul d'autoriser sa femme, si l'on admet que son incapacité propre ne porte aucune atteinte à la puissance maritale (2). Dans l'opinion contraire, ce droit ne saurait appartenir qu'à la justice, car, si le mari ne peut pas l'exercer tout seul, parce qu'il est inadmissible qu'il autorise des actes qu'il est incapable de faire pour son propre compte, il ne doit pas pouvoir l'exercer non plus avec l'assistance de son conseil, dont la mission est limitée, et qui, seulement compétent pour veiller aux intérêts personnels du mari, ne pourrait d'ailleurs pas l'habiliter lui-même à se livrer au négoce (3). D'autre part, n'est-ce point toujours au juge que la loi s'en remet du soin d'exercer l'autorité maritale, à défaut du titulaire?

2267 *bis*. Toutes ces règles, relatives à l'habilitation de la femme à faire le commerce, ne semblent avoir subi aucune modification de la loi du 13 juillet 1907, relative au libre salaire de la femme mariée. Cette loi, sans doute, est applicable, en principe, aux femmes commerçantes, car elles sont bien dans les conditions de celles pour qui elle a été faite : elles exercent une profession distincte de celle de leur mari et elles retirent des produits de leur travail personnel (4). Mais cette loi, on l'a déjà observé (5), n'a rien changé au droit, pour le mari, d'autoriser la femme à se livrer à un travail quelconque, et en particulier au commerce.

2267 *ter*. Mais, si elle n'a pas modifié le pouvoir d'autorisation du mari, n'a-t-elle pas modifié son pouvoir de révoquer son autorisation une fois donnée?

On décidait en effet, jusqu'ici, qu'il était libre de la retirer, sauf à la femme à se pourvoir en justice contre ce retrait, si

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 248.

(2) Alauzet, *Code de comm.*, I, n. 65; Beslay, *op. cit.*, I, n. 321.

(3) Demolombe, IV, n. 226; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 249. — Paris, 13 nov. 1866, S., 67. 2. 324, D., 66. 2. 245. — Cpr. Huc, II, n. 264.

(4) Valéry, *op. cit.*, p. 396; Sourdois, *Rev. trim. de droit civil*, 1907, p. 560.

(5) Cf. *supra*, n. 2226-XIV.

elle avait de justes motifs de s'en plaindre. Or la loi récente organise, dans son article 2, toute une procédure pour permettre au mari de faire retirer à la femme les pouvoirs qu'elle lui confère, lorsqu'elle vient à en mésuser. Et dès lors il y a lieu de se demander si le mari de la femme commerçante ne doit pas suivre forcément cette marche, pour revenir sur son autorisation.

C'est là une question qui nous paraît infiniment douteuse. Dans le sens de la négative, on peut dire, en effet, que, si la loi étend la capacité de la femme mariée qui se livre à un certain travail, elle ne dit rien, comme on l'a déjà remarqué, des conditions dans lesquelles il peut lui être, soit permis de s'y livrer, soit retiré cette permission, et que c'est seulement du retrait de tout ou partie des pouvoirs légaux de la femme autorisée qu'elle s'occupe. Mais on peut faire valoir, dans le sens de l'affirmative (1), qu'en obligeant le mari à se pourvoir devant la justice, en cas d'abus ou de mauvaise administration de la femme, on a voulu conférer à celle-ci des garanties contre la mauvaise volonté ou le caprice du mari, qu'elle doit posséder dans tous les cas.

2268. *Effets de l'autorisation donnée à la femme de faire le commerce.* — Quant à la capacité de la femme commerçante, il paraît certain qu'elle est susceptible d'être modifiée, dans un sens extensif, par la loi de 1907.

Cette capacité, quelle est-elle, d'abord, quant au droit d'ester en justice?

Sous le régime du code civil, l'autorisation donnée à la femme de faire le commerce ne changeait rien à sa capacité sous ce rapport : elle continuait à être obligée de se munir d'une permission spéciale pour chaque procès, même relatif à ses affaires commerciales (art. 215). Certaines de nos anciennes Coutumes s'étaient montrées, à cet endroit, plus libérales. Mais le code s'était rangé à la décision restrictive qu'on induisait du silence gardé à cet égard par la Coutume de Paris (2). On avait prétendu la justifier en disant qu'il n'y a

(1) Valéry, *op. cit.*, p. 397.
(2) Pothier, *op. cit.*, n. 62.

pas pour la femme la même urgence à plaider qu'à effectuer une opération commerciale, et qu'elle ne doit pas s'engager dans un débat public sans l'avis de son mari. Mais il semblait bien qu'il fût contradictoire de l'admettre à accomplir, de sa propre autorité, des actes susceptibles de consommer sa ruine, et de lui refuser de soutenir un procès dont l'importance pourrait être minime, et dans lequel ses droits seraient sauvegardés par la justice, alors surtout que le moindre retardement pouvait fort bien les compromettre (1).

D'ailleurs, et conformément à la règle qui sera posée plus loin, le tribunal de commerce, devant lequel les deux époux avaient été assignés, était admis à autoriser la femme défenderesse, à défaut du mari qui ne comparaissait pas avec elle, tandis que, lorsqu'elle était demanderesse, cette autorisation devait émaner du tribunal civil, seul compétent aux termes des art. 861 et suivants du code de procédure (2).

En outre, la femme pouvait certainement, sans aucune autorisation, accomplir tous les actes, tels qu'une sommation, un protêt ou une saisie-arrêt, qui ne font pas vraiment partie de l'instance, et qui, quoiqu'ils la préparent ou la nécessitent, n'en sont pas moins des actes extrajudiciaires (3).

Mais la loi du 13 juillet 1907, art. 6, a, sur ce point, posé une règle contraire, qui a justement fait disparaître la contradiction relevée, puisqu'elle accorde à la femme mariée la faculté d'ester en justice, sans autorisation, dans toutes les contestations relatives aux droits qu'elle lui reconnaît, lorsqu'elle exerce une profession (4).

2269. Quelle est ensuite la capacité de la femme mariée commerçante, en matière extrajudiciaire?

Cette question est devenue assez complexe, depuis la loi de 1907, car elle ne saurait plus être réglée uniquement, comme auparavant, par les dispositions des art. 220 C. civ. et 5 et 7 C. co. Il paraît certain, en effet, comme on l'a déjà

(1) Cpr. Planiol, I, n. 936-2°; Surville, I, n. 342; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 255; Thaller, *op. cit.*, n. 105.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 255; Taller, *loc. cit.*

(3) Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*

(4) Cf. *supra*, n. 2196; Valéry, *op. cit.*, p. 397.

dit, que cette loi lui est applicable, quoique ses auteurs ne se soient pas préoccupés d'en combiner l'application avec celles des dispositions antérieures qu'elle n'abrogeait pas.

Mais les difficultés auxquelles pourrait donner lieu cette combinaison nous paraissent devoir être résolues en s'inspirant, d'une part, de l'esprit de cette loi, qui a été d'étendre la capacité de la femme mariée, et, d'autre part, de cette constatation que, à la condition que cette femme ait fourni les justifications exigées, il n'y a pas à rechercher le caractère ou l'objet de l'acte auquel elle fait servir cette capacité.

Dès lors il faut poser en principe, semble-t-il, que la capacité de la femme commerçante est régie par les anciennes dispositions en tant qu'elle s'en sert en vue des besoins de son commerce, et même qu'elle a pu être élargie par les dispositions nouvelles sur certains points particuliers; et que, en dehors des besoins de ce commerce, elle puise dans la loi nouvelle, relativement aux biens qui sont le produit, direct ou indirect, de son travail, les mêmes facultés que toute autre femme mariée.

Celles-ci étant déjà connues, il n'y a donc lieu de parler, à cette place, que de sa capacité en matière commerciale.

2269 ***bis***. Or le principe est que la femme mariée commerçante, une fois autorisée, est aussi pleinement capable, pour les actes relatifs à son négoce, que si elle était restée fille, de même que le mineur autorisé est réputé majeur pour les faits relatifs à son commerce (art. 487) (1). Et ce principe, explicitement consacré par l'art. 220 C. civ. et par les art. 5 et 7 C. co., a été emprunté à l'art. 236 de la Coutume de Paris, aux termes duquel la femme marchande publique se pouvait obliger sans son mari « touchant le fait et dépendance de ladite marchandise ».

La femme est donc habilitée à faire seule tous les actes relatifs à son commerce, tels qu'achats, ventes ou échanges de marchandises, locations de choses, d'ouvrage ou d'indus-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 156, n. 72; Demolombe, IV, n. 295; Toullier, II, n. 634, et XII, n. 248 s.; Planiol, I, n. 946; Surville, I, n. 353; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 252; Thaller, *op. cit.*, n. 104; Fuzier-Herman, art. 220, n. 36 s. — Cf. Paris, 6 juin 1896, D., 96. 2. 471.

trie, créations, souscriptions, endossements ou acceptations d'effets de commerce, etc. Elle peut même, aux termes de l'art. 7 C. co., aliéner, hypothéquer et engager ses immeubles. En ce point sa capacité est plus large que celle du mineur commerçant, qui ne peut aliéner ses immeubles qu'en obéissant aux prescriptions des art. 457 et s. (art. 6 C. co.). Aussi devrait-elle accomplir à cet égard les mêmes formalités, si elle était mineure, car sa qualité d'épouse serait impuissante à effacer sa minorité (1).

Il est certain, d'ailleurs, que la capacité de la femme reste subordonnée, pour l'accomplissement des actes énumérés par l'art. 7, à la condition dont dépend, aux termes de l'art. 5, la validité des autres : comme eux, ils doivent concerner son négoce, car la première de ces dispositions s'inspire manifestement des mêmes motifs qui ont dicté la seconde, dont elle n'est qu'une conséquence (2).

2269 *ter*. Mais une difficulté très délicate naîtra de la loi nouvelle, dans le cas où la femme commerçante, mariée sous le régime dotal, aura stipulé que tous ses biens, présents et à venir, seront dotaux.

Jusqu'à présent, lors du moins que le contrat de mariage avait été régulièrement publié, la femme pouvait se prévaloir, au regard de tous ses créanciers, même pour dettes commerciales, de l'inaliénabilité de ses biens dotaux, ainsi qu'il résultait de la proposition générale de l'art. 7 C. co.

Mais, l'art. 1er de la loi de 1907 accordant à la femme le pouvoir de disposer, « sous tous les régimes et à peine de nullité de toute clause contraire portée au contrat de mariage », de tous les biens acquis par son travail, il semble bien que ses engagements puissent être désormais ramenés à exécution sur ses biens même dotaux, du moins sur ceux qui sont le produit de son travail depuis le mariage, puisque sa capacité nouvelle ne s'étend pas aux autres (arg. aussi de l'art. 3) (3).

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 253.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 156, n. 73; Laurent, III, n. 116; Planiol, I, n. 946 *in fine*; Thaller, *op. cit.*, n. 105. — Cpr. Delvincourt, I, p. 80, note 7. — Req. rej., 8 sept. 1814, S., 15. 1. 39, D., *Rép.*, v° *Commerçant*, n. 201. — Paris, 10 mars 1868, S., 68. 2. 114, D., 68. 5. 34.

(3) Valéry, *op. cit.*, p. 397.

2270. Certaines applications du principe posé demandent d'ailleurs à être précisées.

Et d'abord, que la femme puisse transiger, c'est ce qui ne paraît guère contestable, puisqu'elle a, par hypothèse, la disposition des objets compris dans la transaction (arg. art. 2045) (1).

Le même motif aurait semblé devoir faire décider, par application de l'art. 1003 C. pr., qu'elle peut pareillement compromettre. Mais la solution contraire triomphait généralement en doctrine, et apparemment avec raison, avant la loi de 1907 (2).

Ce n'est pas que la combinaison des art. 1004 et 83-6° du même code commandât cette solution, comme on l'avait parfois prétendu. Car, si l'un interdit le compromis pour les contestations sujettes à communication au ministère public, et si l'autre ordonne de communiquer à celui-ci les causes des femmes non autorisées par leurs maris, d'une part cette autorisation a été précisément accordée à l'épouse commerçante, et, d'autre part, il n'y a pas de ministère public auprès des tribunaux consulaires.

Mais il n'en fallait pas moins faire prévaloir l'esprit des dispositions spéciales qui régissaient la capacité de la femme marchande, sur les principes généraux qui gouvernent le compromis. Or comment aurait-elle pu compromettre sans autorisation, c'est-à-dire plaider sans autres garanties que celles du choix qu'elle a fait des arbitres, alors qu'elle ne pouvait pas, toute seule, comparaître devant des juges véritables (3)?

Mais, aujourd'hui que, depuis la loi de 1907, elle a le droit d'ester toute seule en justice pour les actes qui rentrent dans les limites de sa capacité, il y a certainement lieu de lui reconnaître le droit de faire un compromis, au sujet des contestations relatives à ces mêmes actes.

2271. La femme a-t-elle capacité, soit pour acquérir un

(1) Demolombe, IV, n. 299; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 253.

(2) Demolombe, IV, n. 299 et 160; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 220, n. 43. — *Contra :* Massé, *op. cit.*, II, n. 1126.

(3) Cf. *supra*, n. 2188.

immeuble destiné à son installation commerciale, soit pour contracter tous les engagements que comporte cette installation, notamment sous la forme de travaux d'aménagement, de constructions nouvelles à faire, etc. (1)?

L'affirmative n'est plus douteuse, depuis la loi de 1907, lorsque la femme se propose, de la sorte, de faire emploi des produits de son travail personnel ou des économies en provenant (art. 1er, 2e al.).

Mais l'est-elle davantage, en dehors de cette hypothèse?

On l'a contestée, sous prétexte que ces actes « ne sont pas purement du négoce ou n'en sont que la suite indirecte ». Mais il suffit, pour la motiver, de remarquer qu'ils n'en « concernent » pas moins son commerce, et qu'ils rentrent comme tels dans sa capacité. Comment distinguerait-on, au reste, les opérations qui seraient, en elles-mêmes, des actes de commerce proprement dit, de celles qui se rattacheraient moins directement à son négoce, quoiqu'elles en fussent souvent la condition et la préparation nécessaires? Et n'est-on pas allé autrefois dans cette voie jusqu'à dénier à la femme, au mépris de l'art. 7, la faculté d'aliéner ses biens pour en engager le prix dans ses affaires, ou de les hypothéquer à la sûreté de ses dettes commerciales? Il faut donc s'en tenir à la règle qu'elle est capable de tout faire pour les besoins de son commerce, et ne pas en énerver l'application en ajoutant, avec M. Demolombe, que la validité des engagements de cette nature « dépendra des circonstances, du caractère et de l'importance de l'opération, de la position de la femme et de l'importance aussi plus ou moins grande de son commerce, de la bonne foi des tiers, etc... ». Toutes ces réserves arrivent à faire d'une question de capacité une question d'appréciation pour le juge, et équivalent à dire que ces engagements ne doivent être maintenus que tout autant qu'ils sont raisonnables. Faut-il observer que la loi ne dit rien de pareil?

2272. On peut douter avec plus de raison que la femme

(1) Demolombe, IV, n. 296; Fuzier-Herman, art. 220, n. 30; Thaller, *op. cit*, n. 105, p. 83, note 1. — *Contra* : Vazeille, II, n. 333.

puisse cautionner la dette, non pas civile, mais commerciale d'un autre négociant, notamment sous la forme spéciale de l'aval d'une lettre de change. Et, tandis qu'on s'accorde à le lui interdire lorsque l'intérêt de son négoce ne le réclamait point et qu'elle n'a fait que rendre un véritable service, les uns (1) maintiennent cette décision même au cas où son intervention était intéressée, les autres (2) considèrent le cautionnement comme valable. Nous inclinons vers cette dernière opinion, car, quels que soient les caractères particuliers de l'engagement de la femme, par hypothèse il n'en est pas moins contracté dans l'intérêt même de son commerce, ce qui suffit à sa validité. Et qu'on ne dise pas qu'il est si peu « une suite et une conséquence de son commerce », qu'elle pourrait encore le prendre alors qu'elle ne serait pas marchande : ne pourrait-on en dire autant de beaucoup d'actes qu'elle pourrait faire sans cette qualité? Qu'on n'objecte pas non plus que le créancier serait sans moyen de connaître si la femme a réellement intérêt à s'engager envers lui, à moins qu'il ne suffit à celle-ci de faire une déclaration en ce sens. En effet, s'il avait un doute, il exigerait qu'elle fût autorisée, faute de quoi il n'aurait qu'à s'en prendre à lui-même d'avoir accepté une garantie sans valeur. Affirmera-t-on enfin que l'intérêt qu'a la femme à cautionner son débiteur, pour lui éviter la faillite ou lui permettre de faire une opération lucrative, « est indépendant de son négoce, en ce sens qu'il n'en est pas un moyen, un mode d'exercice »? Mais n'est-ce donc point comme négociante qu'en souscrivant cet engagement, la femme cherche à s'épargner une perte?

2273. Il y a plus de difficultés encore à savoir si la femme est libre, sans une autorisation spéciale, de s'associer avec un tiers pour faire le commerce. L'affirmative est professée par certains auteurs : ils sont dominés par cette considération, essentielle à leurs yeux, que le contrat de société, étant relatif à son négoce, doit lui être permis, qu'il s'agisse d'une

(1) Demolombe, IV, n. 298; Fuzier-Herman, art. 220, n. 42; Pardessus, *Dr. comm.*, I, n. 62 et 71.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Autor. mar.*, sect. VII, n. 6; Duranton, II, n. 479; Vazeille, II, n. 332.

société destinée à durer, comme la société en nom collectif, ou d'une association purement temporaire et qui doit être rapidement liquidée, comme la société en participation. La conclusion de l'une, disent-ils, peut être pour elle aussi fructueuse que celle de l'autre, en sorte que tout obstacle qui y serait apporté la priverait d'un précieux moyen d'action. Mais la doctrine se prononce le plus généralement en faveur de la négative (1), tout en admettant la femme à faire des opérations de compte à demi avec d'autres négociants, et cette solution se défend peut-être mieux encore que la précédente.

Ce n'est pas qu'on doive, selon nous, s'arrêter aux raisons de convenance qui s'opposent, prétend-on, à ce que la femme puisse nouer avec des tiers des rapports aussi étroits et aussi fréquents que ceux qui naissent d'une association. Ces considérations seraient au moins sans portée, lorsqu'il s'agirait pour elle de s'associer avec une autre femme. Mais ne doit-on pas raisonnablement supposer que, si elle a reçu licence de faire tous les actes auxquels pouvait l'entraîner son négoce, elle n'a été autorisée, après tout, qu'à faire le commerce par elle-même, et non point à solidariser ses intérêts avec ceux d'une autre personne? De ce qu'on l'ait habilitée à prendre personnellement des engagements, peut-on déduire qu'elle a la faculté d'être liée même par les engagements d'autrui et d'étendre ainsi à l'infini sa responsabilité, comme elle le fait en entrant dans une société en nom collectif? Il semble qu'il faille d'autant moins interpréter avec cette étendue l'autorisation qui lui a été donnée, que l'existence d'une société réduit les droits du mari, en tant qu'elle l'empêche de retirer son consentement pendant qu'elle dure, comme il peut le faire, d'ordinaire, lorsque la femme court à sa ruine. Or on ne doit

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 156, n. 72; Demolombe, IV, n. 297; Huc, II, n. 264; Planiol, I, n. 946; Pont, *Des soc.*, II, n. 826; Pardessus, *op. cit.*, I, n. 66; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 254; de Fréminville, *De la minorité*, II, n. 1004; Delangle, *Des sociétés comm.*, I, n. 56; *Encycl. du dr.*, v° *Commerçant*, n. 296. — Req. rej., 9 nov. 1859, S., 60. 1. 74, D., 60. 1. 87. — Lyon, 28 juin 1866, S., 67. 2. 146, D., 66. 2. 224. — *Contra* : Massé, *op. cit.*, II, n. 1121. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 220, n. 16, et n. 39 s.; Bédarride, *Des commerçants*, I, n. 125. — Req. rej., 27 avril 1841, S., 41. 1. 385, D., 41. 1. 219. — Grenoble, 27 janv. 1863, S., 63. 2. 79, D., 63. 5. 38.

pas supposer légèrement qu'il ait abdiqué, d'une façon simplement tacite, une faculté de révocation à laquelle il doit attacher naturellement le plus grand prix.

2274. Cette solution générale doit-elle être maintenue lorsque la femme se propose, soit de faire partie d'une société par actions, anonyme ou en commandite, soit de s'associer de simples commanditaires? On pourrait observer, en faveur de la négative, qu'au premier cas la responsabilité de la femme est limitée à sa mise, si du moins ce n'est pas elle qui est commanditée, qu'au second elle reste ce qu'elle était avant qu'elle se fût procuré les capitaux de la commandite, et que, dans les deux, l'association peut lui offrir le moyen de donner la plus vive impulsion à ses affaires (1). Et toutefois ne reste-t-il pas ce motif de décider en sens contraire, que la femme, en contractant des liens aussi durables, se trouve par là paralyser les droits du mari, qui n'est plus réellement le maître de la situation? Que si l'on objectait qu'en s'intéressant pour quelques actions dans une société, elle effectue un simple placement, on répondrait qu'elle n'a pas été habilitée justement à placer les fonds qui ne se rapportent pas à son commerce.

2275. On peut rechercher enfin si l'autorisation, générale au point de vue des actes relatifs à son négoce qu'elle l'habilite à accomplir, est pareillement générale en ce sens qu'elle lui permette de se livrer à quelque genre d'industrie que ce soit. Cette question, naturellement, ne se pose point lorsqu'elle n'a été autorisée qu'à faire un commerce déterminé, soit qu'elle l'ait été expressément, soit qu'elle ne l'ait été que par la tolérance du mari, auquel cas cette tolérance ne s'applique qu'au genre d'affaires qu'elle fait au vu et au su de celui-ci. Mais, quand elle a été explicitement habilitée à faire le commerce, sans autre précision, il semble qu'elle puisse les faire tous à sa volonté, sans qu'on puisse faire grief à cette habilitation de sa trop grande généralité (2), d'autant que, en ne manifestant pas son opposition à cette extension de ses opé-

(1) Huc, *loc. cit.*

(2) *Contra :* Bordeaux, 12 nov. 1873, S., 74. 2. 193, et note.

rations, le mari complète par son silence ce que son consentement primitif pouvait avoir d'insuffisant. Dira-t-on que ce silence ne sauvera pas de la nullité tous les actes qui auront été faits avant qu'il ait pu les connaître, et, partant, les empêcher ? Mais comment spécifierait-il ceux-là seuls qu'il avait autorisé la femme à accomplir, étant donné la généralité de l'habilitation ? Et, en protestant contre certaines opérations, n'interpréterait-il pas sa volonté dans un sens où elle n'était susceptible de produire aucun effet, puisque, par hypothèse, il n'en a spécialement permis aucune (1) ?

2276. Il reste à savoir si, lorsque leur caractère est contesté, les actes accomplis par la femme doivent être ou non présumés commerciaux. Cette question est très importante, car, si la présomption est certainement susceptible d'être combattue par la preuve contraire, c'est, suivant la réponse qu'on y fait, à ceux qui dénient la validité de ces actes ou à ceux qui s'en prévalent à faire cette preuve. Or il nous paraît qu'il faut la résoudre en distinguant entre les actes que fait la femme commerçante dans les limites de son ancienne capacité, et ceux qu'elle peut faire en vertu des pouvoirs qui lui ont été conférés par la loi du 13 juillet 1907, et en appliquant distributivement, aux uns et aux autres, les principes qui ont été posés ci-dessus (2).

1° En ce qui concerne les actes de la femme qui rentrent dans sa capacité, telle qu'elle a été déterminée par le Code civil et le Code de commerce, on s'accorde à peu près à décider que les actes de la femme doivent être, en principe, réputés relatifs à son négoce, par conséquent valables, et qu'il appartient à ceux qui en réclament la nullité d'en établir le caractère civil par tous les moyens de preuve, et en s'appuyant notamment sur leur nature, les énonciations qu'ils contiennent ou les circonstances qui les ont accompagnés (3).

(1) Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Autor. mar.*, sect. VII, n. 6; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 155; Demolombe, IV, n. 305; Massé, *op. cit.*, II, n. 1120; Beslay, *op. cit.*, I, n. 213 s. — Req. rej., 27 avril 1841, précité.

(2) Cf. *supra*, n. 2269.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 156, n. 73; Demolombe, IV, n. 300 et 301; Valette sur Proudhon, I, p. 460, note *a*, II; Delvincourt, I, p. 80, note 7; Huc, II, n. 266;

Cette solution n'est que l'application à la situation de la femme d'une solution plus générale, aujourd'hui communément admise en doctrine et en jurisprudence. Car il est reconnu que les engagements d'un commerçant sont présumés avoir pour objet l'exercice de son commerce, et que l'art. 638, 2e al., C. co., n'a fait que consacrer une conséquence de cette règle. S'il en est ainsi, la femme, dont la capacité devient aussi complète que si elle n'était pas mariée, une fois qu'elle a été habilitée au négoce, doit être présumée, comme tout autre commerçant, agir dans l'intérêt de ce négoce. Vainement opposerait-on que, si cette présomption, appliquée aux commerçants pleinement capables de s'obliger, n'a d'effet que quant à la compétence de la juridiction appelée à statuer sur les contestations nées de leurs actes, elle en a de bien plus grands, appliquée aux actes de la femme, puisqu'elle en fait réputer la validité. Car son fondement rationnel reste toujours le même, et c'est que la plupart des actes d'un individu qui est dans les affaires sont relatifs à celles-ci. Au surplus, serait-il raisonnable de présumer commerciales les opérations de la femme mariée, sous le rapport de la compétence, et de leur dénier ce caractère, au point de vue de leur validité?

En définitive, les mêmes raisons de crédit qui ont fait étendre sa capacité, lorsqu'elle est commerçante, exigent impérieusement qu'elle puisse agir, comme telle, avec la même liberté que tout autre négociant, et sans que les tiers aient à s'assurer la preuve que ses actes ne dépassent pas réellement ses pouvoirs. Et quels moyens auraient-ils, du reste, de se l'assurer? Si l'on reconnaît, comme on le fait, qu'il leur suffit de s'en tenir à la déclaration de la femme que l'opération concerne son commerce, alors du moins que rien ne leur laisse supposer le contraire, il n'y a plus là qu'une observance de pure forme, sans portée sérieuse. Mais, si on veut exiger d'eux qu'ils contrôlent effectivement cette déclaration, on ruine le crédit de la femme, parce qu'ils ne sont pas vrai-

Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 257. — *Contra :* Demante, I, n. 302 *bis*, I; Pardessus, *op. cit.*, I, n. 62 et 71 : Massé, *op. cit.*, II, n. 1014 et 1119. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 220, n. 32 s.

ment en mesure de la contrôler. Et on le ruine plus sûrement encore, lorsqu'on requiert, par une rigueur de plus, que l'acte ait servi réellement aux fins qu'elle avait annoncées.

Ces motifs ne permettent pas seulement de repousser l'opinion absolue qui, sans s'attacher à la nature ou à la forme des actes effectués par la femme, impose toujours aux tiers l'obligation de prouver qu'ils se rapportent à son négoce, sous prétexte qu'il leur appartient d'établir qu'à titre exceptionnel ces actes sont valables, alors qu'en réalité, et contrairement à cette opinion, sa capacité s'étend en principe, par l'habilitation, aussi loin que les exigences de son commerce. Ces motifs excluent encore toute distinction qu'on voudrait proposer entre les engagements contractés par la femme en une forme commerciale, lesquels seraient réputés relatifs à ce commerce, et ceux qu'elle aurait contractés en la forme civile, par acte notarié par exemple, et qui seraient censés lui être étrangers (1). Car, de quelle considération peut bien être la forme de ses engagements, alors qu'il s'agit d'en déterminer l'objet, c'est-à-dire de savoir s'ils ont été pris ou non pour satisfaire des besoins commerciaux, et n'est-ce point plutôt alors de la qualité dominante, professionnelle, de la personne qui les a pris, que doit être induite la présomption de ce caractère? Or, à cet égard, cette qualité doit être tout aussi déterminante pour les actes d'une femme mariée que pour ceux de tout autre négociant. Et le crédit dont elle doit jouir, comme telle, ne commande pas moins que les tiers puissent avoir toujours la même confiance en sa signature, quelle que soit la forme de l'opération à laquelle elle participe.

2277. La présomption de commercialité des actes de la femme est évidemment susceptible d'être combattue par la preuve contraire (2).

Cette preuve pourra résulter parfois, mais rarement, de la nature même de l'acte, lequel démontrera qu'il n'avait aucun rapport avec son négoce. Tel paraîtrait devoir être le cas où elle aurait vendu un de ses biens moyennant une rente via-

(1) Toullier, XII, n. 249 s.; Duranton, II, n. 483, et *Traité des contrats*, I, n. 237; Marcadé, I, art. 220-III, n. 741. — Cpr. Demante, *loc. cit.*

(2) Demolombe, IV, n. 302; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*

gère, puisque le prix semblerait être affecté bien plus au soutien de son existence qu'à ses affaires.

Cette preuve peut résulter pareillement d'un ensemble de circonstances propres à révéler aux tiers que l'acte ne concernait pas le négoce de la femme. Et sous ce rapport le juge est autorisé à tenir compte de tous les moyens de nature à l'éclairer, et à se déterminer même par de simples présomptions de fait, si elles lui paraissent plus fortes encore que la présomption légale. La déclaration faite par la femme qu'elle agissait pour ses besoins commerciaux ne s'opposerait certainement pas à ce qu'il fût établi, par tous les modes de preuve, que les tiers avaient de fortes raisons pour supposer cette déclaration mensongère.

Mais en retour, et quoi qu'on ait pu dire, il ne suffirait point, pour faire tomber la présomption, de démontrer que, contrairement à la déclaration de la femme ou aux vraisemblances, celle-ci n'a réellement pas contracté dans l'intérêt de son commerce, comme les tiers ont été légitimement autorisés à le croire. Décider autrement, ce serait rendre ces tiers victimes de leur bonne foi, alors qu'ils n'avaient aucun moyen sérieux de deviner le véritable objet de l'opération, et moins encore d'obliger la femme à lui maintenir le caractère commercial. Or on ne peut pas faire ainsi, d'une présomption destinée à garantir leurs intérêts, un piège auquel il leur serait impossible de ne pas se laisser prendre (1).

2277 ***bis***. 2° En ce qui concerne les actes qui ont été faits par la femme commerçante en vertu des pouvoirs qui lui ont été conférés par la loi du 13 juillet 1907, il y a lieu d'appliquer, purement et simplement, les règles qui ont été déjà posées pour les justifications qu'elle a à fournir et le degré d'autorité qui s'y attache (2).

2278. L'art. 220 C. civ. et l'art. 5 C. com. avaient cru devoir dire que les actes de la femme marchande publique obligeaient aussi le mari, s'il y avait communauté entre eux.

(1) Demolombe, IV, n. 301-303; Marcadé, *loc. cit.* — *Contra* : Toullier, XII, n. 249 et 250; Duranton, *Tr. des contr.*, I, n. 237. — Cpr. Req. rej., 8 sept. 1814, S., 15. 1. 39, D., *Rép.*, v° *Commerçant*, n. 201.

(2) Cf. *supra*, n. 2226 xv et xvi.

En marquant cette application des règles de ce régime, telles qu'elles sont posées par les art. 1409 et 1419, et cet effet des conventions matrimoniales, ces dispositions avaient résolu, pour un seul régime, une question qui pouvait se présenter sous tous les autres régimes.

Mais l'art. 3, dernier alinéa, de la loi du 13 juillet 1907 est venu poser une règle toute différente, quant aux conséquences que peuvent avoir, vis-à-vis du mari, les actes faits par la femme relativement aux produits, directs ou indirects, de son travail (1).

Il n'y a pas lieu, conformément au plan de cet ouvrage, de rechercher à cette place dans quelle mesure ces diverses dispositions devront être appliquées, puisqu'il s'agit alors de déterminer la combinaison des actes personnels de la femme avec les effets de son régime matrimonial (2).

3. *De l'autorisation de justice.*

A. Des cas dans lesquels elle est susceptible d'intervenir.

2279. La loi devait prévoir les cas où la femme ne pourrait pas se munir de l'autorisation du mari, soit qu'il la lui refusât, soit qu'il fût hors d'état de la lui accorder.

Du refus d'autorisation. — Si le mari doit être libre d'apprécier s'il doit ou non accorder cette autorisation, sa décision ne saurait être sans appel, car elle peut procéder, soit de sa mauvaise volonté, soit d'un mauvais jugement, et la femme ne saurait être victime ni de l'une, ni de l'autre. Aussi lui est-il permis de recourir au juge, pour obtenir de lui une autorisation qui supplée à celle qu'on lui refuse (3). De là les deux dispositions suivantes : « *Si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement, le juge peut donner l'autorisation* » (art. 218). — « *Si le mari refuse d'autoriser sa*

(1) Cf. Valéry, *op. cit.*, p. 398.

(2) Cpr. Demante, I, n. 302 *bis*, VI; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 258 s.; Thaller, *op. cit.*, n. 106 s.; Fuzier-Herman, art. 220, n. 44 s. — Paris, 19 juin 1869, S., 69. 2. 264, D., 69. 2. 247. — Req. rej., 8 juillet 1872, S., 72. 1. 257, D., 73. 1. 33.

(3) Aubry et Rau, V, § 472, p. 144, n. 29; Demolombe, IV, n. 213; Laurent, III, n. 126; Planiol, I, n. 962; Fuzier-Herman, art. 218, n. 1 s. — Cf. Alger, 3 sept. 1866, S., 67. 2. 155, D., 67. 2. 135.

femme à passer un acte, la femme peut faire citer son mari directement devant le tribunal de première instance de l'arrondissement du domicile commun, qui peut donner ou refuser son autorisation, après que le mari aura été entendu ou dûment appelé en la chambre du conseil » (art. 219).

2280. *De l'impossibilité où peut être le mari d'autoriser sa femme.* — D'autre part, le mari peut être hors d'état de donner à son épouse l'autorisation qu'elle attend. Et cette impossibilité peut être, ou physique, ou légale, et participer même des deux causes. Elle est purement physique lorsque le mari est absent, ou aliéné sans être interdit. Elle est purement légale lorsqu'il a été frappé de certaines condamnations. Elle est enfin l'un et l'autre lorsqu'il est mineur, ou placé en état d'interdiction judiciaire.

2281. 1° *Absence du mari.* — « *Si le mari est interdit ou absent,* dispose l'art. 222, *le juge peut, en connaissance de cause, autoriser la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter.* » L'autorité du mari doit nécessairement passer alors au juge, puisqu'il ne peut l'exercer en personne, par suite de son absence. Celle-ci peut être d'ailleurs seulement présumée ou même déjà déclarée : l'art. 863 C. pr. se réfère expressément à ces deux cas (1).

Mais ce texte ne semble pas prévoir le cas où le mari est simplement non présent, c'est-à-dire éloigné de son domicile, sans qu'un doute sérieux plane sur son existence. La doctrine n'en admet pas moins, en général, qu'en cas d'urgence la femme peut s'adresser directement au juge, et se dispenser ainsi d'attendre une réponse qui serait susceptible de lui parvenir trop tard. Cette opinion, qui se recommande par l'utilité de ses résultats, s'appuie, en outre, de l'autorité de Pothier (2) et de la déclaration formelle faite en ce sens par Tronchet, au Conseil d'Etat (3). Mais, si les termes du code civil ne lui paraissent pas non plus contraires, étant donné l'indécision de la terminologie chaque fois qu'il est question

(1) Planiol, I, n., 963; Fuzier-Herman, art. 222, n. 14. — Bordeaux, 13 janv. 1869, S., 69. 2. 212, D., 70. 2. 115.

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 12, et *Introd. au tit. X de la Cout. d'Orléans.* n. 149.

(3) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 399 et 400, n. 40.

d'absence, ne se heurte-t-elle pas à l'art. 863 C. pr., d'après lequel l'absence doit être au moins présumée, et ne faut-il pas considérer cet article comme ayant interprété restrictivement l'art. 222 ? Peut-on, sans un texte formel, admettre une dérogation au principe que l'autorité réside en la personne du mari, et donner à la femme le moyen de se passer de son consentement, lors même que rien ne l'empêche de se manifester, quelques raisons qu'il y ait pour lui permettre de solliciter immédiatement l'autorisation judiciaire (1) ? S'il faut répondre négativement, on doit décider, contrairement à ce que semblent penser MM. Aubry et Rau, que la femme ne peut se pourvoir devant le juge, en conformité des art. 861 et 862 C. pr., qu'autant que le mari a déjà effectivement opposé un refus à sa demande ou que son silence doit tout au moins être considéré comme tel.

2282. 2° *Minorité du mari.* — « *Si le mari est mineur, l'autorisation du juge est nécessaire à la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter* » (art. 224). Il eût été irrationnel, en effet, qu'un incapable pût en relever un autre de son incapacité (2). Mais ce motif même indique que le mari conserve la faculté d'habiliter la femme à accomplir les divers actes qu'il a qualité pour faire seul, en vertu de son émancipation (art. 476). Il peut donc l'autoriser à ester en justice en matière mobilière, comme il pourrait ester, sans l'assistance de son curateur, pour son propre compte (art. 482). C'est à quoi se réduit à peu près la portée de cette réserve, car, en toute autre circonstance, la femme qui voudrait agir en vertu du droit d'administration que lui laisse son contrat de mariage, n'aurait pas à demander l'autorisation de son mari. Et, d'autre part, il ne pourrait plus être question que d'un man-

(1) Aubry et Rau, V, § 472, p. 146, n. 39; Marcadé, I, art. 222, n. 744; Laurent, III, n. 127; Huc, II, n. 269; Fuzier-Herman, art. 222, n. 15 s.; Fouquet, *Encycl. du dr.*, v° *Autor. de femme*, n. 13; de Moly, *Tr. des absents*, n. 738 s. — Colmar, 31 juill. 1810, S., 11. 2. 206, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 870. — Req. rej., 15 mars 1837, S., 37. 1. 547, D., 37. 1. 152. — Cpr. Planiol, I, n. 963. — *Contra :* Demolombe, IV, n. 214; Toullier, II, n. 651; Duranton, II, n. 506; Beudant, I, n. 333. — Agen, 31 juill. 1806, S., 07. 2. 790, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 870. — Bordeaux, 17 févr. 1897, D., 98. 2. 197. — Cpr. Demante, I, n. 305 *bis*.

(2) Portalis, *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 524, n. 68.

dat, si elle faisait au nom de celui-ci, dans les limites de l'administration, un acte qu'il avait seul qualité pour faire, d'après les conventions matrimoniales (1).

En suspendant l'autorité maritale en la personne du mari mineur, le Code a innové sur notre ancien droit. Celui-ci la lui laissait entière, « ce pouvoir étant un effet et une dépendance de la puissance qu'il a sur la femme »; mais il ménageait au mari la faculté de faire rescinder son autorisation, lorsqu'elle lui avait préjudicié à lui-même, et, par là, de provoquer l'annulation de l'acte dommageable (2). Il était plus franc, plus simple, et aussi plus conforme au caractère moderne de l'autorité maritale, qui a pour objet de protéger les intérêts matrimoniaux, de transporter directement, du mari au juge, un pouvoir qui, entre les mains d'un mineur, ne pouvait pas remplir cet objet; et c'est ce qu'a réalisé l'art. 224.

2283. La loi a prévu la minorité du mari, mais non celle de la femme. Lors donc qu'elle est mineure, il faut combiner les principes de l'autorité maritale et les règles relatives à la capacité du mineur émancipé. Le mari majeur peut, en conséquence, habiliter complètement la femme pour les actes qui ne requièrent que l'assistance du curateur, puisqu'on lui reconnaît très généralement cette qualité vis-à-vis de son épouse (3). Mais, si la validité de ces actes était subordonnée à d'autres conditions, telles que l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, il y aurait évidemment lieu de les remplir (4).

Si, dans le même cas, le mari majeur n'exerce pas la puissance maritale, pour une cause quelconque, il est remplacé sous ce rapport par le juge (5). Que si, enfin, il est en état de

(1) Aubry et Rau, V, § 472, p. 148, n. 43; Demolombe, IV, n. 221; Toullier, II, n. 653; Duranton, II, n. 504 s.; Delvincourt, I, p. 79, note 16; Marcadé, I, art. 224-III, n. 748; Laurent, III, n. 128; Huc, II, n. 272; Planiol, I, n. 964; Vazeille, II, n. 349; Fuzier-Herman, art. 224, n. 2.

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 29 et 30.

(3) Trib. Tournai, 4 avril 1900, S., 1901. 4. 24.

(4) Demolombe, IV, n. 229; Demante, I, n. 307 *bis*, III; Laurent, III, n. 129; Huc, *loc. cit.*; Beudant, I, n. 333.

(5) Cpr. Demolombe, *loc. cit.*; Demante, *loc. cit.*; Delvincourt, I, p. 79, note 16.

minorité, cette autorité échoit encore à la justice, et la fonction de curateur est remplie, à son défaut, conformément aux règles qui sont posées au Titre de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation (1).

2284. 3° *Interdiction judiciaire et aliénation mentale du mari.* — En plaçant en état d'incapacité le mari, l'interdiction judiciaire doit lui faire retirer, plus encore que la minorité, l'autorité maritale, à raison même de la cause dont elle procède : ainsi en décide l'art. 222. Comment l'époux pourrait-il exprimer une volonté que la loi ne le juge plus capable d'avoir pour son propre compte (2)?

Mais on ne saurait, à notre sens, assimiler à la situation de l'interdit celle de la personne simplement placée dans un établissement d'aliénés, conformément à la loi du 30 juin 1838 (3). Le motif en est que, loin que sa position soit, « sinon identique, du moins analogue » à celle de l'interdit, la loi n'établit nulle part, à son endroit, d'incapacité légale semblable à celle qui résulte de l'art. 502, et permet seulement d'attaquer ses actes pour cause de démence. Dès lors il faut conclure que le mari pourrait, malgré son internement, mais dans un intervalle lucide, autoriser sa femme, puisqu'il serait apte, en ce moment, à user d'un pouvoir qui ne lui a pas été enlevé par la loi.

2285. Il se peut d'ailleurs que, interné ou non, les facultés mentales du mari soient tellement altérées qu'il soit hors d'état de manifester le consentement dont sa femme a besoin : nul doute qu'une autorisation judiciaire ne puisse y suppléer.

Mais la femme ne peut-elle l'obtenir qu'après que l'interdiction a été prononcée, et faut-il, suivant l'opinion de quelques auteurs (4), lui faire une obligation de provoquer cette interdiction, sous prétexte qu'elle autorise seule l'intervention des magistrats? A vrai dire, cette rigueur serait d'autant plus

(1) Demante, *loc. cit.*; Laurent, *loc. cit.*

(2) Planiol, I, n. 965.

(3) Demolombe, IV, n. 225; Huc, II, n. 270. — Gand, 20 déc. 1871, D., 74. 2. 153. — *Contra :* Aubry et Rau, V, § 472, p. 147, n. 40; Duvergier sur Toullier, II, n. 654, note *a;* Planiol, I, n. 965; Fuzier-Herman, art. 222, n. 5. — Trib. Seine, 27 mai 1854 (Bertin, *Ch. du Conseil,* 2e éd., II, p. 267).

(4) Laurent, III, n. 130; Huc, *loc. cit.* — Cpr. Gand, 20 déc. 1871, précité.

injustifiable, que non seulement cette mesure menacerait d'arriver parfois trop tard, mais qu'il se pourrait même qu'elle ne pût être provoquée, l'état de démence n'étant pas habituel, auquel cas les intérêts de la femme devraient nécessairement rester en souffrance. Ne vaut-il pas mieux considérer alors le silence forcé de l'époux comme un refus, et permettre au tribunal, après qu'il a constaté par lui-même l'état de démence, de relever, s'il y a lieu, la femme de son incapacité? Cette procédure présenterait autant de garanties qu'une interdiction, dont l'utilité, sous tout autre rapport, pourrait d'ailleurs être absolument nulle, et partant on ne saurait, sans un abus des déductions logiques, faire de celle-ci une inéluctable nécessité (1).

2286. Si la femme est nommée tutrice de son mari interdit, on doit alors, pour déterminer ses pouvoirs quant aux divers biens qu'elle administre, combiner les règles de la tutelle qui lui appartient avec celles de l'incapacité qui est la sienne. Elle a donc, si le conseil de famille n'a pas usé de la faculté qu'il a d'en marquer les conditions d'exercice (art. 507), tous les pouvoirs d'un tuteur ordinaire, relativement à la mise en jeu des droits du mari, même de ceux qui appartiennent à celui-ci, en vertu des conventions matrimoniales, sur ses biens à elle. La tutelle à laquelle elle est appelée lui confère un mandat dont le caractère ne change pas entre ses mains, de telle sorte que sa qualité de représentant légal du mari absorbe, sous ce rapport, sa qualité d'épouse. C'est au nom et pour le compte de celui-ci, et non point en son nom à elle, qu'elle agit, non seulement en ce qui concerne les biens communs et les propres de son conjoint, mais même relativement aux biens qui sont sa propriété personnelle et dont il avait l'administration (2).

Mais elle demeure, au contraire, soumise à son habituelle incapacité pour tous les actes qu'elle fait en son propre nom, et non plus comme tutrice. L'interdiction du mari et la tutelle dont elle est investie ne doivent exercer aucune influence sur

(1) Cpr. Demolombe, IV, n. 223.

(2) Demolombe, IV, n. 227; Laurent, III, n. 131; Huc, II, n. 270; Planiol, I, n. 2094.

sa situation, si ce n'est qu'elle est obligée de demander à la justice une autorisation qu'elle ne peut plus attendre du mari incapable (1).

Par application de cette double règle, la femme séparée de biens, capable d'intenter toute seule, comme tutrice, une action mobilière pour le compte de son conjoint, doit être autorisée par le juge pour en intenter une semblable en son nom personnel. Pour singuliers qu'ils paraissent, ces résultats n'en sont pas moins strictement juridiques, et ils étaient déjà formellement indiqués par Pothier (2). C'est donc à tort qu'on a prétendu (3), pour ce dernier cas, la dispenser de toute autorisation. Mais celle-ci lui resterait naturellement inutile pour tous les actes qu'elle puise dans son contrat de mariage, en cas de séparation de biens contractuelle par exemple, le droit de faire toute seule, puisqu'elle a, dans ces limites, sa pleine capacité.

2287. Des principes consacrés par la loi pour la minorité et pour l'interdiction, il semble bien résulter que le mari pourvu d'un conseil judiciaire perd le droit d'autoriser sa femme pour tous les actes qui excèdent les limites de sa propre capacité (4). S'il est jugé ne pas pouvoir en apprécier la portée pour lui-même, comment l'apprécierait-il pour les autres? Bien mieux, n'est-ce point toujours de ses intérêts qu'il s'agit, même alors qu'il s'agit de ceux du ménage, et comment s'en remettrait-on au prodigue ou au faible d'esprit du soin d'en assurer la sauvegarde? Aussi bien doit-on penser qu'en parlant des interdits, la loi a voulu étendre, ici comme dans d'autres articles, aux personnes munies d'un conseil judiciaire, une règle qui s'imposait à la fois pour les uns et pour les autres.

Mais le mari ne peut-il pas du moins autoriser sa femme

(1) Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, *loc. cit.*; Huc, *loc. cit.*; Planiol, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 222, n. 2 s.

(2) *Op. cit.*, n. 26.

(3) Duranton, III, n. 754.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 149, n. 45; Demolombe, IV, n. 226; Laurent, III, n. 132; Huc, II, n. 271; Planiol, I, n. 966. — Civ. cass., 11 août 1840, S., 40. 1. 858, D., 40. 1. 274. — Bordeaux, 16 juin 1869, S., 69. 2. 316, D., 70. 2. 34. — Civ. cass., 6 déc. 1876, S., 77. 1. 64, D., 77. 1. 307. — *Contra :* Duranton, II, n. 506. — *Cf.* Portalis, *Exp. des motifs*, Locré, *Lég.*, p. 524, n. 68.

avec l'assistance de son conseil, qui suffit à l'habiliter lui-même? La négative est enseignée par la majorité de la doctrine, et nous la croyons seule conforme à la loi (1). Non seulement l'opinion contraire se prive volontairement de l'argument de texte que lui fournit par analogie l'art. **222**, et se retrouve ainsi en présence du principe d'après lequel une disposition expresse peut seule porter atteinte à la puissance maritale, mais encore elle va directement à l'encontre du système qui a été consacré par les rédacteurs du Code civil. Dans ce système, la justice est seule à hériter des pouvoirs que le mari ne peut exercer, et le Code ne s'en est jamais départi. Il y aurait eu sans doute plus de motifs pour faire assister le mari par son conseil, qui aurait alors complété sa capacité, que pour faire assister l'interdit par son tuteur, lequel aurait été réellement seul à avoir une volonté. Mais, pourtant, n'est-ce pas au fond, dans les deux cas, la volonté d'un tiers qui se serait affirmée dans des rapports où elle ne doit point intervenir, et ne valait-il pas mieux appeler une autorité plus haute à prendre en mains un pouvoir dont le mari était impuissant à user seul? Ce pouvoir, on l'a précisément conféré au tribunal, en cas de minorité du mari, à l'exclusion de son curateur. Tout doit donc porter à croire qu'on a de même exclu son conseil, en cas de prodigalité ou de faiblesse d'esprit. Vainement M. Laurent objecte-t-il que le prodigue n'est point incapable, à la différence du mineur émancipé. Au vrai, il l'est tout autant, lorsqu'il s'agit des actes qui dépassent sa propre capacité, et par suite il est tout aussi légitime que la justice se substitue à lui. Et, au demeurant, cette doctrine paraît avoir été celle de l'ancien droit (2).

2288. Le Code, qui a prévu l'interdiction du mari, n'a pas prévu le cas où la femme serait elle-même interdite ou pourvue d'un conseil judiciaire. Les principes de la tutelle et de

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, IV, n. 296; Huc, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 222, n. 6 s. — *Contra :* Laurent, III, n. 132; Magnin, *Des minorités*, I, n. 909. — Paris, 27 août 1833, S., 33. 2. 562, D., 36. 2. 107. — Trib. Lyon, 8 juin 1872, D., 73. 3. 7. — Trib. Seine, 24 nov. 1900, *J. du Not.*, 1901, p. 182. — Cpr. Paris, 13 nov. 1866, S., 67. 2. 324, D., 66. 2. 245.

(2) *Nouv. Denizart*, II, v° *Autor.*, § 3, n. 7.

l'autorité maritale se combineront le mieux du monde, lorsque, conformément à la règle (art. 506), le mari sera effectivement tuteur ou conseil de son épouse.

Mais doivent-ils encore cumulativement s'appliquer s'il ne l'est pas, pour une cause ou pour une autre? La doctrine se montre à cet égard aussi hésitante que la jurisprudence, mais notre avis est que l'affirmative s'impose (1).

Aucune disposition ne laisse supposer que les droits du mari expirent, comme on l'a soutenu, devant ceux d'un tiers, dont la fonction est uniquement de gérer les biens de la femme ou de lui prêter son assistance. Ce n'est point à ce tiers qu'a été et que pouvait être confiée la sauvegarde des intérêts de la famille, dont le chef peut être seul légitimement chargé. Prétendre que l'autorisation maritale n'est plus requise, c'est affirmer du même coup, contre toute vérité, qu'elle n'est pas non plus utile, alors que le vœu de la loi a dû être que l'autorité du mari persistât tant qu'elle avait un rôle à remplir. Quant à la perspective des conflits qui seraient susceptibles de s'élever entre deux autorités rivales, elle ne saurait faire supprimer l'une au profit de l'autre, pour rendre ces conflits impossibles, au risque de compromettre l'unité de direction qu'a pour objet d'assurer la puissance maritale, et alors surtout que le juge serait là pour mettre fin au désaccord. Au surplus, si tel est le rôle de cette puissance, on ne saurait dire, avec M. Demolombe, qu'elle ne s'exerce qu'autant que la femme agit seule et par elle-même. Car qu'importe qu'elle agisse seule, ou par l'entremise, ou avec le consentement d'un tiers, du moment qu'elle n'a pas été soumise à l'autorité du mari pour sa propre protection, mais pour celle de la famille, dont ce tiers n'est nullement le représentant?

2289. 4° *Condamnation du mari à une peine afflictive ou infamante.* — « *Lorsque le mari est frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante, encore qu'elle n'ait été prononcée que par contumace, la femme, même majeure,*

(1) Montpellier, 14 déc. 1841, S., 42. 2. 310, D., 42. 2. 192. — *Contra :* Demolombe, IV, n. 228. — Amiens, 29 déc. 1825, S., 26. 2. 199, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 801. — Cpr. Req. rej., 9 mai 1829, S., 29. 1. 278, D., 29. 1 . 266.

ne peut, pendant la durée de la peine, ester en jugement, ni contracter, qu'après s'être fait autoriser par le juge, qui peut, en ce cas, donner l'autorisation, sans que le mari ait été entendu ou appelé » (art. 221). C'est à raison de son indignité que le condamné est privé de l'autorité maritale (1), mais seulement pendant la durée de sa peine. Il la recouvre donc à l'expiration de celle-ci, indépendamment de toute réhabilitation ou de toute amnistie qui efface la condamnation (2).

2290. Contre le caractère purement temporaire de cette privation, lorsque la peine doit avoir un terme, on pourrait faire valoir que toutes les peines criminelles, même celles qui ne sont prononcées qu'à temps, entraînent de plein droit la dégradation civique (art. 28 C. pén.), laquelle est perpétuelle. Il semblerait alors que la déchéance de la puissance maritale dût, comme la dégradation, survivre à la peine principale. Mais cette interprétation doit être repoussée, parce qu'elle aboutit à supprimer dans notre disposition la partie qui limite la durée de la déchéance, et que, d'autre part, l'art. 34 C. pén. ne comprend pas cette dernière parmi les incapacités qui dérivent de la dégradation civique. On doit donc supposer qu'on n'a pas pensé, en écrivant l'art. 221, à cette peine infamante, ce qui est d'autant plus plausible qu'on ne savait point encore, en 1804, si elle entrerait dans l'échelle de nos pénalités criminelles (3).

De ce point de vue, on ne saurait distinguer suivant que la dégradation civique est une peine accessoire ou principale (art. 35 C. pén.), pour décider que, dans le dernier cas, elle prive définitivement le condamné de la puissance maritale, réserve faite des effets de l'amnistie ou de la réhabilitation (4). Outre que l'argument tiré de l'art 34 subsiste dans toute sa force, on chercherait vainement pourquoi varieraient, suivant

(1) Cf. pourtant Planiol, I, n. 967.

(2) Aubry et Rau, V, § 472, p. 147, n. 42; Demolombe, IV, n. 216; Demante, I, n. 304 *bis*, II et III; Duranton, II, n. 507; Valette sur Proudhon, I, p. 470, note *a*; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 377 et 378; Huc, II, n. 268; Vazeille, II, n. 347; Humbert, *Des conséq. des cond. pén.*, n. 303; Fuzier-Herman, art. 221, n. 2. — *Contra* : Delvincourt, I, p. 79, note 18; Beudant, I, n. 333.

(3) Cf. note précédente.

(4) Cf note 2; Demante, I, n, 304 *bis*, III.

le titre auquel elle serait prononcée, les déchéances qui la composent. Il est donc nécessaire d'apporter cette exception à l'art. 221, quoique ses termes visent toutes les peines infamantes.

2291. Cette restriction est la seule qu'il comporte. La déchéance qu'il édicte est donc attachée à toutes les peines afflictives, comme aussi à la peine infamante du bannissement. Et elle est, d'autre part, la conséquence de toute condamnation de cette nature, qu'elle ait été prononcée contradictoirement ou seulement par contumace (1).

Mais, comme le contumax ne subit point sa peine et qu'il lui est même impossible de la subir, puisque sa représentation en justice met à néant la condamnation dont il est frappé, les termes de la loi doivent être, quant à lui, entendus en ce sens que la déchéance dure autant que le délai de vingt années à l'expiration duquel la prescription lui est acquise (art. 635 C. I. cr.) (2). On a aussi déduit de ces principes que l'autorisation qui aurait été donnée par le condamné deviendrait valable, s'il purgeait sa contumace avant qu'on en eût demandé la nullité (3).

2292. Telles sont les seules causes en vertu desquelles l'autorité maritale puisse et doive être exercée par la justice. Ni la faillite du mari (4), ni la cession de biens qu'il a faite (5), ne la suspendent en sa personne. Ainsi le veut le silence même de la loi.

2293. C'est toutefois une question controversée, et de la plus haute importance, que celle de savoir si le mari a encore qualité pour autoriser sa femme, soit à contracter avec des tiers, lorsque l'acte l'intéresse personnellement, soit mieux

(1) Aubry et Rau, V, § 472, p. 147, n. 42; Demolombe, IV, n. 217; Demante, I, n. 304 *bis*, I et III.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, IV, n. 218; Huc, II, n. 268; Fuzier-Herman, art. 221, n. 3. — *Contra :* Beudant, I, n. 333.

(3) Trib. com. Seine, 8 mars 1889, *La Loi*, 28 mars.

(4) Demolombe, IV, n. 230; Huc, II, n. 271; Beudant, I, n. 333; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, VII, n. 208 *quater*. — Bordeaux, 29 févr. 1888, S., 89. 2. 125. — Cpr. Civ. cass., 27 avril 1881, S., 81. 1. 393, note de M. Labbé, D., 81. 1. 295.

(5) Demolombe, *loc. cit.*

encore à contracter directement avec lui-même (1), si du moins les contrats entre époux sont permis, ce qu'il n'y a pas à examiner à cette place. L'affirmative est très généralement admise aujourd'hui, en doctrine et en jurisprudence, et c'est à bon droit, selon nous (2).

Elle résulte, d'abord, péremptoirement des principes. Le rôle supplétif de la justice ne commence que dans les cas exceptionnels où la loi l'appelle à le jouer, et, dans son silence, au mari seul il appartient d'autoriser son épouse. L'en déclarer incapable, sous prétexte que l'affaire à conclure l'intéresse personnellement, c'est consacrer une exception qui ne résulte d'aucun texte. Bien plus, tous les textes la repoussent. Loin de contenir la restriction qu'on veut y découvrir, les art. 215 et 217 montrent que l'autorisation du mari relève complètement la femme de son incapacité, comme si le lien conjugal n'existait point, avec quelques personnes qu'elle se propose d'entrer en rapports. La combinaison des art. 1419 et 1431 prouve, de son côté, jusqu'à l'évidence, que cette autorisation suffit à lui permettre de s'obliger valablement comme caution de son conjoint, et partant dans son intérêt. Et enfin, postérieurement au code civil, le décret du 17 mai 1809 l'a admise formellement à constituer ses biens propres en majorat, en faveur de son mari et de leurs descendants communs, « sans qu'il soit besoin d'autre autorisation que de celle requise par l'art. 217 du code civil ». Objectera-t-on que l'art. 1427 oblige la femme qui veut s'engager pour tirer le mari de

(1) *Contra :* Duranton, II, n. 473; Vazeille, II, n. 354; Surville, I, n. 349. — Req. rej., 14 févr. 1810, S., 10. 1. 189, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 792. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 217, n. 83 s., et art. 218, n. 7. — Paris, 16 mars 1839, D., 39. 2. 115.

(2) Merlin, *Quest.*, v° *Autor. mar.*, § 1; Aubry et Rau, V, § 472, p. 148 et 149, n. 46-49; Demolombe, IV, n. 232 s.; Demante, I, n. 300 *bis*, X et XI; Duranton, II, n. 471 et 472; Toullier, XII, n. 41; Delvincourt, I, p. 79, note 11; Marcadé, I, art. 224-II, n. 747 et 747 *bis;* Laurent, III, n. 134; Huc, II, n. 273; Planiol, I, n. 959; Beudant, I, n. 334; Vazeille, II, n. 354; Chardon, *op. cit.*, n. 116 s. — Civ. cass., 13 oct. 1812, S., 13. 1. 143, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 813. — Civ rej., 8 nov. 1814, S., 15. 1. 113, D., *loc. cit.* — Nîmes, 9 fév. 1842, sous Cass., S., 46. 1. 609, D., 42. 2. 177. — Grenoble, 11 mars 1851, S., 51. 2. 627, D., 53. 2. 62. — Montpellier, 18 nov. 1853, S., 54. 2. 20, D., 55. 2. 90. — Bordeaux, 29 août 1856, D., 56. 2. 201. — Req. rej., 13 nov. 1867, S., 68. 1. 202. — Bordeaux, 29 fév. 1888, S., 89. 2. 125, D., 89. 2. 125. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 217, n. 83 s., et art 219, n. 4.

prison, à se munir d'une autorisation de justice ? Mais cette permission ne lui est nécessaire qu'à défaut de celle du mari, et cette disposition n'a eu d'autre objet que de lui accorder la faculté d'engager exceptionnellement les biens communs, avec l'adhésion du juge. Quant à l'art. 2144, aux termes duquel il appartient au tribunal de statuer sur la demande en réduction de l'hypothèque légale qui porte sur les biens du mari, outre qu'il ne règle pas une question d'autorisation véritable, n'est-il pas manifeste que son but a été d'empêcher la femme de se dépouiller, avec le seul consentement de l'intéressé, des garanties d'ordre public que la loi prend en sa faveur sur les biens de son conjoint?

Mais, a-t-on dit, la maxime traditionnelle « *nemo potest esse auctor in rem suam* » (1) s'oppose absolument à ce que le mari donne à sa femme un consentement qui lui profite à lui-même, directement ou indirectement, suivant qu'elle traite avec lui ou avec un tiers. Cette maxime n'est, en définitive, que l'expression juridique de cette règle de bon sens qui défend qu'on soit à la fois juge et partie en sa propre cause. Et le mari ne pourrait-il pas faire servir son autorité à toute autre chose qu'à la sauvegarde des intérêts de son épouse?

Il est remarquable, tout d'abord, que cette règle, malgré la tradition, n'était nullement étendue, dans notre ancienne jurisprudence, aux rapports entre époux. Elle l'était même si peu, que, si, au témoignage de Guy Coquille (2), certains considéraient comme le « plus sûr » de recourir au juge, d'autres en plus grand nombre, comme Ricard (3) et Lebrun (4), enseignaient que la femme n'avait besoin d'aucune autorisation pour contracter avec son mari, et que Pothier (5), rétablissant les vrais principes, maintenait alors la nécessité d'une autorisation émanant de celui-ci. Il ne justifiait point sans doute cette nécessité comme on le fait aujourd'hui, puisque le carac-

(1) Justinien, *Instit.*, I, XXI, *De auctor. tutor.*, § 3.
(2) Cout de Nivernais, *Droits des gens mariés*, art. 1.
(3) *Traité du don mutuel*, n. 60 s.
(4) *De la communauté*, liv. II, ch. I, sect. 3, n. 39.
(5) *Op. cit.*, n. 42.

tère de la puissance maritale a changé depuis son époque, et qu'il se contentait de réfuter l'argument de ses adversaires qui consistait à dire que « le besoin qu'a la femme de l'autorisation de son mari, étant en droit établi en faveur du mari, on ne doit pas le rétorquer contre lui ». Mais, si la nature de celle-ci s'est modifiée, est-ce donc dans l'intérêt personnel de la femme qu'elle est actuellement requise? On comprendrait, s'il en était ainsi, qu'elle ne dût point alors la demander à celui-là même avec qui elle est en affaires ou qui doit profiter de celles qu'elle traite. Mais, comme on s'accorde à ne plus voir dans l'autorité maritale qu'un instrument de sauvegarde des intérêts de la famille, dont l'époux est constitué le représentant, l'application de la maxime *Nemo potest esse auctor in rem suam* ne se concevrait plus. Car, si elle est possible et légitime lorsque c'est dans l'intérêt personnel de l'incapable qu'on lui interdit d'agir seul, il y aurait réelle contradiction à lui faire encore produire ses effets lorsque les intérêts à défendre sont tout autant ceux de l'*auctor* que ceux de l'incapable, et que l'autorisation conférée doit faire précisément supposer qu'ils ne sont pas compromis. Il semble bien que ce serait, en un même instant, placer en état de suspicion celui auquel la loi accorde sa confiance. La vérité est qu'elle l'a fait juge des exigences de l'intérêt familial, et que cet intérêt doit être considéré comme satisfait dès que le mari montre, par son approbation, qu'il l'est lui-même. On a pu penser, au surplus, qu'après tout, s'il profitait de son rôle pour se faire consentir par la femme, directement ou indirectement, de véritables avantages, ces modifications dans le patrimoine respectif des époux ne nuiraient pas à la famille, dans son ensemble, et qu'elle regagnerait d'un côté ce qu'elle perdrait de l'autre.

La généralité de ces considérations doit faire rejeter toute distinction entre les actes intéressant le mari que la femme pourrait passer avec des tiers et ceux qui interviennent entre les époux (1). Cette distinction ne serait pas seulement arbitraire, dans le silence des textes : elle serait encore dépourvue

(1) *Contra* : Duranton, II, n. 471 s.

de tout fondement rationnel, car les premiers, valables avec la simple autorisation du mari, pourraient être tout aussi dangereux que les autres, pour lesquels cette autorisation serait jugée insuffisante. L'un des auteurs (1) qui ont fait cette distinction ne l'a même pas appliquée strictement, puisqu'il a admis qu'une vente pouvait se faire entre époux avec cette seule permission, dans les cas prévus par l'art. 1595. Mais on chercherait longtemps les textes et surtout les motifs qui auraient fait consacrer une telle exception à la prétendue règle.

2294. Tels sont les seuls cas dans lesquels la justice soit appelée à relever la femme mariée de son état d'incapacité. Mais, même dans ces limites, il se peut que son autorisation supplétive reste impuissante, à raison de la nature des actes pour lesquels elle est réclamée. Ces actes, quels sont-ils ?

Il résulte d'abord de l'art. 1029 C. civ. qu'en principe une femme mariée ne peut accepter d'exécution testamentaire qu'avec l'autorisation de son conjoint, laquelle ne peut être remplacée que, dans certains cas, par celle de la justice (2). Mais ce n'est point à cette place qu'il convient d'étudier le principe et ses exceptions (3).

Il résulte ensuite de la combinaison des art. 83-6° et 1004 C. pr. que la femme ne peut pas demander à la justice de valider un compromis (4). On ne peut pas compromettre sur les contestations qui sont sujettes à communication au ministère public, et les causes des femmes non autorisées par leur mari rentrent précisément dans cette catégorie.

On a pareillement déjà vu que, suivant l'opinion générale, la femme était incapable de faire le commerce avec la seule autorisation du juge.

2295. Et on doit se demander enfin s'il appartient à celui-ci de l'autoriser à se livrer à toute autre profession que le commerce. Pour poser cette question sous sa forme la plus saisissante, on se contente le plus ordinairement de rechercher

(1) Duranton, II, n. 473.

(2) Planiol, I, n. 968-1°; Surville, I, n. 351.

(3) Cf. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des donat. et testam.*, II, 3e éd., n. 2600 s.

(4) Demolombe, IV, n. 247; Laurent, III, n. 137; Huc, II, n. 260; Planiol, I, n. 968-2°; Surville, I, n. 351; Beudant, I, n. 332.

si la femme pourrait, avec cette seule permission, contracter un engagement théâtral. Mais elle reste, en droit, tout à fait identique, quel que soit l'objet non commercial de l'activité de la femme, et elle apparaît, ainsi élargie, dans toute son étendue et avec toute son importance. En effet l'intérêt n'en est pas moindre pratiquement, et il est d'ordre encore plus élevé, lorsqu'on examine si l'épouse peut être habilitée par la justice à se livrer à des études, de droit ou de médecine par exemple, qui lui ouvrent l'accès de certaines carrières, à publier ou à rééditer des œuvres littéraires ou scientifiques, à mettre à la scène une œuvre dramatique ou à exposer en public des œuvres artistiques.

Or la doctrine est fort peu fixée sous tous ces rapports, et ses hésitations sont partagées par la jurisprudence. Si MM. Aubry et Rau (1) se contentent d'affirmer, sans autre justification, que la femme peut être autorisée par le juge à souscrire un engagement théâtral et bornent là leur recherche, d'autres auteurs (2) lui refusent, au nom des principes de l'autorité maritale, cette faculté, ainsi que celle de se livrer, dans les mêmes conditions, à l'exercice d'une profession quelconque. Il leur paraît que, indépendamment des puissantes considérations morales qui militent en ce sens, la logique exige non moins impérieusement qu'on étende aux modes non commerciaux de l'activité professionnelle la même décision qu'on admet pour le négoce, et que le mari reste seul juge de l'opportunité qu'il y a, pour son épouse, à se produire en public, elle et son nom, sous ces formes variées. Ils ajoutent aussi — mais cette argumentation est moins probante, car l'existence d'un droit ne saurait être méconnue sous prétexte que l'usage en peut être, en fait, paralysé par l'exercice d'une autre faculté appartenant à un tiers — qu'il dépendrait du mari, si son consentement pouvait être suppléé par celui de

(1) V, § 472, p. 144, n. 30; Constant, *Code des théâtres*, p. 94. — Paris, 3 janv. 1868, S., 68. 2. 65, note de M. Boullanger, D., 68. 2. 28. — *Contra :* Paris, 4 mai 1852, D., 53. 2. 94. — Cf. Fuzier-Herman, art. 219, n. 1 s.

(2) Demolombe, IV, n. 165; Laurent, III, n. 135; Lacan et Paulmier, *Législ. théâtr.*, I, n. 258. — Trib. Seine, 2 mars 1887, S., 87. 2. 117. — Cpr. Planiol, I, n. 969-2°; Surville, I, n. 352; Beudant, I, n. 332.

la justice, d'empêcher la femme de profiter de cette permission, en transportant sa résidence hors du lieu où elle aurait le siège de ses intérêts professionnels et en l'obligeant à le suivre.

Certains interprètes sont arrivés enfin aux mêmes conclusions par une autre voie (1). Ils nient, quant à eux, que les principes de l'autorisation maritale soient engagés dans la question. A leur sens, les actes qu'implique la profession « n'intéressant pas le patrimoine, le mari n'agit pas comme *auctor,* mais, simplement comme chef d'une famille dont la direction morale lui appartient ». « Quand il s'agit d'actes *non juridiques,* écrit M. Huc, intéressant la condition morale de la femme et de la famille, les éléments d'appréciation quant aux aptitudes de la femme, aux convenances de toute nature à observer, etc., n'existent que dans la conscience du mari; le mari doit donc en rester l'arbitre souverain. »

De ces trois doctrines, la dernière nous paraît, malgré l'identité de ses résultats et de ceux de la seconde, la plus difficilement soutenable. Ce n'est point sans quelque abus du paradoxe qu'elle méconnaît d'abord le caractère juridique des engagements qui doivent être pris par la femme pour l'exercice de sa profession, voire pour l'édition de ses ouvrages ou pour la continuation de ses études. Le paradoxe n'est guère moindre, quand elle nie le caractère pécuniaire des actes auxquels la femme peut se livrer sous cette forme, et qu'elle entend les considérer comme étrangers au patrimoine. Et il lui échappe à elle-même de dire que « le mari est seul juge de la question de savoir s'il est convenable que la femme exerce telle ou telle profession *pour vivre* ». Est-ce qu'en effet les conséquences morales d'un acte, si graves qu'on les imagine, peuvent lui faire perdre son intérêt pécuniaire? Et enfin cette originale doctrine n'éprouverait-elle pas quelque embarras à délimiter nettement le domaine de l'autorité maritale, au point de vue de la nature des actes sur lesquels elle a prise, et à distinguer, dans l'époux, l'*auctor* proprement dit du chef de la famille? Arrivât-elle à les discerner, il n'en resterait

(1) Huc, II, n. 263; Delalande, *Rev. prat.,* 1878, XLV, p. 192.

pas moins que les pouvoirs de celui-ci ne sont pas plus sans contrôle que ceux de celui-là, et, qu'en principe ils trouvent tous leur limite dans l'autorité supérieure d'une magistrature plus impartiale que cette magistrature domestique. Dès lors, la question est donc bien de savoir si, à titre exceptionnel, cette dernière ne règle pas souverainement tout ce qui touche à l'activité économique ou intellectuelle de la femme. Mais, cette question, il serait superflu de la discuter de nouveau à cette place, car, logiquement, elle ne semble pas pouvoir recevoir une autre solution que celle qui lui a été donnée, au sujet de l'habilitation de la femme à faire le commerce (1).

B. De la procédure à suivre pour obtenir l'autorisation de justice.

2296. L'autorisation de la justice peut être nécessaire à la femme, soit en matière judiciaire, soit en matière extrajudiciaire, et cette nécessité est susceptible de procéder de ce que le mari ne veut ou ne peut accorder son propre consentement. Les formes de l'autorisation supplétive doivent donc être déterminées dans ces divers cas.

a. *En matière judiciaire.*

2297. Ces formes, qui n'avaient pas été fixées par le code civil, dans l'art. 218, l'ont été, par le code de procédure civile, du moins lorsque la femme est demanderesse au procès, et de façons différentes suivant que son mari refuse de l'autoriser à ester en justice ou en est incapable.

L'art. 861 de ce code dispose, pour le cas de refus, que « la femme qui voudra se faire autoriser à la poursuite de ses droits, après avoir fait une sommation à son mari, et sur le refus par lui fait, présentera requête au président, qui rendra ordonnance portant permission de citer le mari, à jour indiqué, à la chambre du conseil, pour déduire les causes de son refus ». Et l'art. 862 ajoute : « Le mari entendu, ou faute par lui de se présenter, il sera rendu, sur les conclusions du ministère public, jugement qui statuera sur la demande de la femme. » La procédure organisée par ces articles consiste

(1) Cpr. Nion, *Dr. civ. des auteurs*, Paris, 1846, p. 104.

donc en une mise en demeure, adressée par la femme au mari, d'avoir à l'autoriser, et, faute par celui-ci de le faire (1), dans sa comparution devant le tribunal, en chambre du conseil, avec ou sans l'assistance d'un avoué (2), pour y exposer les motifs de son refus, après qu'une ordonnance du président a donné à son épouse le permis de le citer. Et le tribunal statue, que le mari ait ou non déféré à la citation, sur les conclusions du ministère public.

Cette procédure soulève de nombreuses questions; mais nous n'examinerons que celles qui ont leur place marquée dans ce traité.

2298. Il est certain d'abord que le tribunal compétent est, en principe, malgré le silence de l'art. 861, le tribunal civil du domicile conjugal. Outre que telle est la décision expresse de l'art. 219, en matière extrajudiciaire, on ne voit pas quel autre tribunal pourrait être saisi, alors qu'il est lui-même à la fois le tribunal de droit commun du défendeur et de la demanderesse, et que, par hypothèse, l'action pour l'exercice de laquelle celle-ci veut être habilitée n'a pas encore été portée devant la juridiction qui doit en connaître. L'eût-elle été déjà, au reste, que cette circonstance ne donnerait aucune qualité à cette juridiction pour régulariser, par son autorisation, la procédure entamée par la femme (3).

Au surplus, par application du droit commun, la décision du tribunal civil du domicile conjugal est évidemment susceptible d'appel (4).

2299. Par exception, aux termes de l'art. 16 de la loi du 12 juillet 1905, sur les justices de paix, « les juges de paix peuvent autoriser une femme mariée à ester en jugement

(1) Cpr. Planiol, I, n. 971; Fuzier-Herman, art. 218, n. 12 s. — Cpr. Toulouse, 18 août 1827, S., 29. 2. 237, D., 29. 2. 207.

(2) Trib. Lille, 31 mars 1901, D., 1901. 2. 435.

(3) Berlier, *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, XXIII, p. 151, n. 12; Merlin, v° *Autor. mar.*, sect. VIII, n. 2; Aubry et Rau, V, § 472, p. 145, n. 34; Demolombe, IV, n. 254; Demante, I, n. 301; Proudhon, I, p. 479; Toullier, II, n. 649; Huc, II, n. 257; Planiol, I, n. 973; Beudant, I, n. 330; Fuzier-Herman, art. 218, n. 41 s. — Paris, 24 avril 1843, S., 43. 2. 264, D., 43. 4. 38. — Cpr. Besançon, 20 mai 1864, S., 64. 2. 146, D., 64. 5. 23.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 145; Demolombe, IV, n. 260.

devant leur tribunal, lorsqu'elle n'obtient pas cette autorisation de son mari entendu ou dûment appelé par voie de simple avertissement ». Il doit être fait mention, dans le jugement, de l'autorisation donnée. On a voulu ainsi éviter à la femme les frais d'une instance devant le tribunal civil.

De même, aux termes de l'art. 36 de la loi du 27 mars 1907, sur les conseils de prudhommes, le conseil, en cas de refus d'autorisation du mari, peut autoriser la femme mariée à se concilier ou à demander devant lui.

2299 *bis*. Mais le tribunal civil demeure-t-il aussi compétent, lorsqu'il s'agit pour la femme d'être autorisée à interjeter appel (1) ou à se pourvoir en cassation? Il est fortement permis d'en douter, car cette question ne paraît pas être entrée dans les prévisions de la loi. Au fond, n'y a-t-il pas quelque chose de choquant et de contraire à l'ordre des juridictions, à charger un tribunal de première instance d'examiner s'il y a lieu de porter la contestation devant les juges d'un degré plus élevé? On ne peut en effet, en l'en chargeant, que le placer dans l'alternative, ou de se juger lui-même, si la décision qui doit être attaquée émane de lui, ou de juger l'œuvre d'un autre tribunal qui est, soit son égal, soit son supérieur, ce qui est dans tous les cas difficilement admissible. On a dit, il est vrai, que « la question est toujours de savoir si le mari abuse ou n'abuse pas de son autorité », que « cet examen ne préjuge pas le fond et ne saurait aucunement troubler l'ordre hiérarchique des juridictions ». Mais, si le fond n'est réellement pas préjugé, il n'en doit pas moins être apprécié par le juge, pour que l'autorisation soit donnée en connaissance de cause, et c'est cette appréciation qui paraît contraire à notre organisation judiciaire. Ce sont donc surtout, à notre sens, des motifs d'utilité pratique qui ont déterminé une partie de la doctrine, et souvent aussi la jurisprudence, à se contenter, en principe, de l'autorisation du tribunal civil du domicile commun, devant quelque juridiction que le litige doive être porté (2).

(1) On suppose, bien entendu, que ce n'est pas devant lui que l'appel doit être interjeté.

(2) Demolombe, IV, n. 262 et 263; Carré et Chauveau, *Procéd. civ.*, n. 2910;

2300. Le tribunal civil du domicile commun demeure compétent, sauf les exceptions indiquées (1), lorsque l'autorisation de justice a pour but de suppléer à l'impossibilité dans laquelle se trouve le mari, en fait ou en droit, de manifester sa volonté. Mais alors les formes de procéder ordinaires deviennent inapplicables, attendu que la même cause qui empêche le mari de manifester sa volonté, fait obstacle à ce que son avis puisse être recueilli par le juge (2).

Aussi, est-il absent? L'art. 863 C. pr. dispose que, « dans le cas de l'absence présumée du mari, ou lorsqu'elle aura été déclarée, la femme qui voudra se faire autoriser à la poursuite de ses droits présentera également requête au président du tribunal, qui ordonnera la communication au ministère public, et commettra un juge pour faire son rapport à jour indiqué ». La sommation est donc supprimée. Et la femme doit établir, semble-t-il, la disparition de son mari, par la production du jugement déclaratif d'absence ou de celui qui ordonne, soit l'enquête préalable, soit des mesures provisoires. Peut-être même lui suffirait-il d'un simple acte de notoriété (arg. art. 155) (3).

Le mari est-il interdit? Aux termes de l'art. 864 C. pr., « la femme de l'interdit se fera autoriser en la forme prescrite par l'article précédent; elle joindra à sa requête le jugement d'interdiction » (4).

Fouquet, *Encycl. du dr.*, v° *cit.*, n. 76; Bertin, *Ch. du Conseil*, 2e éd., II, n. 908. — Req. rej., 2 août 1853, S., 55. 1. 209, D., 54. 1. 353. — Rouen, 29 févr. 1856, S., 57. 2. 734. — Besançon, 20 mai 1864, précité. — Paris, 16 juin 1882, S., 85. 2. 116. — Chambéry, 19 mars 1888, S., 88. 2. 195. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 146, n. 35; Huc, II, n. 258; Fuzier-Herman, art. 218, n. 47 s., et n. 53. — Civ. rej., 27 mai 1846, S., 46. 1. 747. — Lyon, 7 janv. 1848, S., 50. 2 464, D., 52. 2. 43. — Bordeaux, 3 mars, 24 mai et 11 août 1851, S., 51. 2. 424, 707 et 757, D., 52. 2. 44, et 54. 5. 56. — Aix, 13 mars 1862, S., 62. 2. 154, D., 62. 2. 194. — Civ. cass., 19 mai 1886, S., 87. 1. 113. — Cpr. Req. rej., 25 janv. 1843, S., 43. 1. 247, rapp. de M. Lasagni, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 907. — Montpellier, 18 mai 1874, S., 76. 2. 78. — Civ. cass., 5 nov. 1895, S., 96. 1. 180, D., 95. 1. 535. — Req. rej., 7 juill. 1898, S., 99. 1. 222, D., 99. 1. 557.

(1) Cf. loi du 27 mars 1907, art. 36.

(2) Planiol, I, n. 971.

(3) Demolombe, IV, n. 253. — Bordeaux, 13 janv. 1869, S., 69. 2. 212, D., 70. 2. 115.

(4) Cpr. Demolombe, *loc. cit.*; Planiol, I, n. 973. — Poitiers, 17 juin 1846, S., 47. 2. 16, D., 47. 2. 61.

Cette procédure semble aussi devoir être suivie, par analogie, lorsque le mari est déchu, par suite d'une condamnation, de son autorité, puisque, selon l'art. 221, le tribunal est admis à statuer sans l'avoir entendu ou appelé (1).

2301. Mais peut-on y recourir encore lorsque le mari est simplement mineur ou pourvu d'un conseil judiciaire, et que l'acte pour lequel l'habilitation est requise dépasse sa propre capacité ? L'affirmative nous paraît devoir être adoptée (2). Aucun texte n'exige alors et ne pouvait exiger que le mari soit sommé d'avoir à donner son consentement, puisqu'on ne doit même pas le lui demander. Mais aucun texte n'exige non plus que le tribunal le consulte (3), d'autant que sa comparution a pour objet de lui permettre de faire connaître les motifs du refus contre lequel la femme se pourvoit. Cette consultation, qu'on prétend être obligatoire, serait, au demeurant, d'autant moins utile qu'il est supposé, soit par son âge, soit à raison de l'état de ses facultés mentales, n'être pas en situation d'exprimer un avis judicieux. Dira-t-on qu'elle aurait tout au moins pour effet de révéler au juge le véritable état des affaires du ménage ? Mais on pourrait attendre parfois les mêmes renseignements du condamné, qui n'est cependant point nécessairement appelé à les donner. Et d'ailleurs le tribunal a toujours, bien entendu, la faculté de les demander au mari, s'ils lui paraissent désirables. Mais, de ce qu'il le puisse, on ne saurait conclure qu'il le doive.

2302. Les règles qui viennent d'être posées sont uniquement relatives au cas où la femme est demanderesse et doit, comme telle, prendre l'initiative de la demande d'autorisation qui lui est nécessaire pour « la poursuite de ses droits » (4). Lorsqu'elle est défenderesse, au contraire, on

(1) Aubry et Rau, V, § 472, p. 147, n. 41; Demolombe, *loc. cit.;* Demante, I, n. 301 *bis*, IV; Laurent, III, n. 138. — Cpr. Planiol, I, n. 973.

(2) Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 148, n. 44; Demolombe, IV, n. 253; Demante, I, n. 301 *bis*, IV, et n. 307 *bis*, II; Toullier, II, n. 653; Laurent, *loc. cit.;* Vazeille, II, n. 348; Carré et Chauveau, *Proc. civ.*, n. 2925.

(3) *Contra :* Toullier, *loc. cit.;* Fouquet, *Encycl. du dr.*, v° *Autor. de femme*, n. 73.

(4) Cpr. Fuzier-Herman, art. 218, n. 18 s. — Civ. cass., 4 avril 1855, S., 55. 1. 428, D., 55. 1. 159.

s'accorde à décider, dans le silence de la loi, qu'il appartient au demandeur de la faire munir de cette autorisation, indispensable à la régularité de la procédure. Il doit, à cet effet, assigner conjointement la femme et le mari, ce dernier aux fins d'autoriser son épouse, et, pour le cas où celui-ci s'y refuserait ou ferait défaut, conclure à ce qu'elle soit autorisée par le tribunal devant lequel l'instance est engagée (1). Cette forme de procéder est à la fois conforme à la tradition, aux déclarations faites lors des travaux préparatoires du code de procédure civile (2), à la raison, et aux nécessités pratiques, qui réclamaient que les tiers pussent poursuivre la femme, sans être obligés de la faire habiliter à se défendre, dans une instance préalable.

2303. C'est pourquoi, non seulement le mari est directement assigné en même temps que son épouse, sans le préliminaire d'une sommation, mais il l'est encore devant le tribunal saisi du litige, quels que soient le lieu où siège ce tribunal et la nature de sa compétence.

C'est certain, quand ce tribunal est un conseil de prud'hommes, car la loi du 27 mars 1907, art. 36, dit expressément que ce conseil peut, en cas de refus d'autorisation du mari, autoriser une femme mariée à défendre devant lui.

C'est également certain pour les juges de paix, car l'art. 16 de la loi du 12 juillet 1905 ne fait aucune distinction entre la femme demanderesse et la femme défenderesse. Et, enfin, ce n'est pas plus douteux pour tout autre tribunal, en vertu de ce principe qu'un tribunal, compétent pour une demande principale, doit être considéré comme l'étant aussi relativement à la demande accessoire qui s'y rattache et qui seule

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Autor. marit.*, sect. VIII, n. 8; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 146, n. 36; Demolombe, IV, n. 265; Demante, I, n. 301 et 301 *bis*, II; Proudhon, I, p. 468; Duranton, II, n. 466; Laurent, III, n. 139; Huc, II, n. 243 et 256; Planiol, I, n. 974; Vazeille, II, n. 343. — Civ. cass., 17 août 1813, S., 13. 1. 444, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 905. — Civ. cass., 5 août 1840, S., 40. 1. 768, D., 40. 1. 291. — Req. rej., 10 mars 1858, S., 58. 1. 449, D., 58. 1. 347. — Aix, 28 janv. 1871, S., 72. 2. 110, D., 72. 2. 31. — Civ. cass., 30 janv. 1877, S., 77. 1. 73, D., 77. 1. 348. — Civ. rej. (sur ce point), 6 avril 1898, S., 1902. 1. 460, D., 98. 1. 305. — Alger, 17 juin 1903, S., 1903. 2. 308. — Cpr. Beudant, I, n. 341; Fuzier-Herman, art. 218, n. 22 s., et n. 46.

(2) Berlier, *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, XXIII, p. 151, n. 12.

peut lui permettre de statuer régulièrement sur la première (1).

2304. Cette procédure paraît si bien dans le vœu de la loi que le demandeur ne serait pas admis à se borner à assigner la femme, en la requérant de se faire autoriser elle-même (2). C'est de lui que l'initiative doit partir, pour que sa procédure soit, dès le début, régulière. Ce n'est pas à la femme, pour se défendre valablement, à se mettre en mesure de se procurer, à grands frais, cette autorisation. Elle ne pourrait donc être condamnée par défaut, faute par elle de le faire.

2305. Et toutefois il n'y a pas lieu, de la part des tiers, d'assigner le mari, quand il ne peut pas autoriser par lui-même son épouse, puisque sa mise en cause n'est alors susceptible d'avoir aucun effet. Il leur suffirait donc de conclure à ce que la femme fût autorisée, à défaut du mari, par le tribunal devant lequel elle doit se défendre (3).

Ce mode de procéder nous paraît beaucoup plus naturel, par cela même qu'il se rapproche du mode auquel on recourt quand le mari exerce effectivement son autorité, que celui qui est indiqué par M. Demante (4). Selon cet auteur, le demandeur devrait assigner la femme à comparaître « dûment autorisée », et ce serait à elle, « dans les délais de l'ajournement, à se pourvoir de l'autorisation dans la forme tracée par les art. 863 et 864 du code de procédure ». Mais il est permis de se demander pourquoi toutes ces complications et ces frais seraient nécessaires, alors qu'on peut arriver beaucoup plus simplement au même résultat. Ils paraissent d'autant plus inutiles, que M. Demante admet finalement le tribunal saisi à autoriser lui-même la femme, si elle n'a pas pris la peine de se faire habiliter par l'autre voie.

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Autor. marit.*, sect. VIII, n. 8, et *Trib. de comm.*, n. 5 *bis;* Demolombe, IV, n. 266; Demante, I, n. 301 *bis*, II; Duranton, II, n. 466; Huc, II, n. 256; Beudant, I, n. 330; Vazeille, II, n. 344; Fuzier-Herman, art. 218, n. 24 s., et n. 52 s.; Carré et Chauveau, *Proc. civ.*, n. 2911. — Civ. cass., 17 août 1813, précité. — Civ. cass., 5 août 1840, précité. — Req. rej., 10 mars 1858, précité. — Cpr. Montpellier, 18 mai 1874, S., 76. 2. 78.

(2) Demolombe, IV, n. 267; Planiol, I, n. 974. — Cpr. Civ. cass., 25 mars 1812, S., 12. 1. 317, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 782.

(3) Cpr. Planiol, I, n. 974.

(4) I, n. 299 *bis*, II, et 301 *bis*, IV.

2306. Le tribunal qui veut autoriser la femme à plaider doit le faire explicitement, à notre avis, au moins par le jugement qui statue sur le litige dont il a à connaître : en d'autres termes, son autorisation ne peut pas être tacite (1). Cette règle, édictée expressément pour les juges de paix par l'art. 16 *in fine* de la loi du 12 juillet 1905, s'applique quel que soit le tribunal qui donne l'autorisation. Elle doit s'appliquer, aussi, quelles que soient les circonstances. On s'est cependant demandé pourquoi « le jugement de défaut profit joint contre le mari assigné qui ne comparaît pas avec la femme, ou le jugement qui donnerait acte au mari comparant de ce qu'il refuse d'autoriser la femme, et le mettrait sur sa demande hors d'instance, ne serait pas réputé contenir virtuellement autorisation pour la femme de défendre seule ». La réponse nous paraît simple : c'est qu'aucune de ces décisions n'implique réellement que la femme soit autorisée à plaider toute seule, et relevée des conséquences du refus, exprès ou tacite, qu'elle a essuyé de la part de son conjoint. Et c'est aussi que, conformément à une règle générale, le tribunal doit statuer formellement sur le chef des conclusions prises par le demandeur aux fins d'autorisation (art. 480-5° C. pr.). Faute par lui de l'avoir fait, sa décision doit être tenue pour irrégulière.

2307. Cette solution implique que le tribunal saisi aurait pu refuser à la femme son autorisation. Et de fait, malgré les doutes qu'on a élevés à cet égard, il nous paraît évident qu'il le peut (2). La règle est que l'autorisation ne doit être accordée à la femme qu'en connaissance de cause. Lors donc qu'il est prouvé qu'en résistant à la demande, elle court à

(1) Demolombe, IV, n. 268. — Civ. cass., 5 août 1840, précité — Req. rej., 21 févr. 1853, S., 53. 1. 169, D., 53. 1. 157. — Civ. cass., 26 mai 1868, D., 68. 1. 256. — *Contra :* Demante, I, n. 301 *bis*, III; Laurent, III, n. 139. — Toulouse, 8 fév. 1823, S., 23. 2. 130, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 778. — Req. rej., 5 juill. 1881, S., 83. 1. 368, D., 83. 1. 71. — Cpr. Fouquet, *op. cit.*, n. 85; Fuzier-Herman, art. 218, n. 66 s., et n. 82; art. 219, n. 10. — Req. rej., 25 janv. 1843, S., 43. 1. 247, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 907.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p 145; Demolombe, IV, n. 269; Laurent, III, n. 139; Huc, II, n. 243. — Req. rej., 10 févr. 1851, S., 51. 1. 102, D., 51. 1. 43. — Cpr. Demante, I, n. 301 *bis*, II; Huc, II, n. 256; Vazeille, II, n. 343; Fuzier-Herman, art. 218, n. 5 s.

une condamnation inévitable, le juge doit pouvoir, tout comme le mari, l'empêcher de s'engager dans un débat dont elle ne peut sortir qu'à sa confusion. Il est vrai que Berlier, dans son exposé des motifs (1), a représenté l'autorisation qui intervient sur l'action du tiers demandeur, comme « une simple formalité, que la justice supplée, quand le mari la refuse ». Mais la preuve que ses paroles dépassaient sa pensée, c'est qu'il a qualifié de même le consentement que le mari est incontestablement libre de refuser. Peut-être a-t-il simplement entendu dire, comme il l'a fait plus tard au reste, que « l'action du demandeur ne peut être subordonnée à la volonté du mari, ni paralysée par elle », et qu'elle doit recevoir satisfaction, fût-ce par un jugement de défaut, lorsque la femme n'acquiesce pas à la demande, malgré le double refus, de son mari et du juge, qu'elle a essuyé : telle doit être, en effet, la conclusion nécessaire d'un litige dans lequel elle n'est pas admise à se défendre. Peut-être aussi Berlier s'est-il souvenu qu'en fait les tribunaux accordaient toujours l'autorisation, déjà dans notre ancien droit (2). Mais on ne saurait déduire, de ce qu'ils n'exercent pas leur pouvoir, que celui-ci ne leur appartient pas.

b. *En matière extrajudiciaire.*

2308. La procédure à suivre, lorsque la femme veut être autorisée par la justice à contracter, avait été réglée par l'art. 219 du code civil, du moins pour le cas du refus du mari, dans les termes suivants : « *Si le mari refuse d'autoriser sa femme à passer un acte, la femme peut faire citer son mari directement devant le tribunal de première instance de l'arrondissement du domicile commun, qui peut donner ou refuser son autorisation, après que le mari aura été entendu ou dûment appelé en la chambre du conseil.* » Mais on s'accorde à reconnaître que cette disposition, qui conférait à l'épouse le droit de citer directement son conjoint devant le tribunal, a été modifiée par les art. 861 et 862 C. pr., qui lui imposent l'obligation de faire une sommation préalable et d'obtenir du

(1) Locré, *Lég.*, XXIII, p. 151, n. 12.
(2) Lebrun, *De la comm.*, liv. II, ch. I, sect. 6, n. 2.

magistrat le permis de citer (1). A la vérité, les termes de ces articles, en supposant que la femme agit pour « la poursuite de ses droits », c'est-à-dire apparemment en matière judiciaire, sembleraient faire obstacle à cette décision, comme aussi les principes de l'abrogation tacite, puisque le code de procédure et le code civil paraissent bien prévoir des hypothèses différentes. Mais c'est à juste titre qu'on ne s'est point arrêté à ces objections : il serait par trop irrationnel de ne pas suivre la même procédure pour obtenir une même autorisation, quel qu'en soit l'objet, et mieux vaut supposer que le code de 1807, en la réglant sur un point, a entendu aussi la régler sur l'autre, et modifier par là celle que déterminait le code de 1804.

La femme doit donc être autorisée à faire un acte extrajudiciaire de la même façon qu'un procès, c'est-à-dire conformément aux règles des art. 861 à 864, soit que le mari lui refuse son consentement, soit qu'il ne puisse le lui donner. L'application des art. 863 et 864 s'impose tout autant, en effet, que celle des deux dispositions qui les précèdent.

Quant au tribunal, il peut, aux termes mêmes de l'art. 219, ne pas accorder l'autorisation qu'on lui réclame. Mais son jugement est toujours susceptible d'appel (2).

2309. Au surplus il est certain que, dans tous les cas, l'autorisation de justice doit être spéciale, comme celle du mari qu'elle supplée (3). Pourquoi aurait-on diminué les garanties accordées aux intérêts que se propose de sauvegarder l'autorité maritale, et qu'importe à cet égard la nature du pouvoir qui l'exerce?

Il résulte de là qu'il appartient au tribunal de préciser les conditions auxquelles il subordonne la validité des actes qu'il autorise, faute de quoi son autorisation ne serait point valable

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Autor. marit.*, sect. VIII, n. 2; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 145, n. 32; Demolombe, IV, n. 250; Demante, I, n. 301 et 301 *bis*, I; Proudhon et Valette, I, p. 469, note *a*; Huc, II, n. 259; Planiol, I, n. 971. — *Contra* : Laurent, III, n. 140; Carré et Chauveau, *op. cit.*, n. 2917 — Cpr. Fuzier-Herman, art. 218, n. 11; art. 219, n. 5.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 145; Demolombe, *loc. cit.*; Planiol, I, n. 978.

(3) Demolombe, IV, n. 271; Laurent, III, n. 141; Huc, II, n. 261; Beudant, I, n. 331; Fuzier Herman, art. 223, n. 8. — Bordeaux, 18 mai 1838, D., 39. 2. 97. — Civ. cass., 30 janv. 1877, S., 77. 1. 73 et note, D., 77. 1. 348.

elle-même. Et dès lors il dépend de lui de modifier les conditions auxquelles la femme se proposait de contracter, ou de la soumettre à des formalités auxquelles, de droit commun, elle n'est pas assujettie. Vainement opposerait-on qu'il lui est défendu de changer arbitrairement la capacité de la femme et d'entraver son action par des exigences qui ne sont pas dans la loi. Car, comment enlever aux magistrats la faculté d'entourer leur permission de toutes les garanties qui sont de nature à la rendre aussi peu périlleuse que possible? Et, à tout prendre il resterait à la femme le droit de ne pas user d'une autorisation qui lui paraîtrait par trop réduire sa capacité. Mais, maître de la lui refuser complètement, le juge doit être maître de ne la lui accorder, c'est-à-dire de ne lui offrir d'en profiter, que sous les conditions qui lui paraissent indispensables à la protection des intérêts dont il a la garde, et ses droits sous ce rapport doivent être absolument égaux à ceux du mari (1).

N° 3. Des effets de l'autorisation.

2310. Ces effets doivent être envisagés successivement par rapport à la femme et par rapport au mari.

En ce qui concerne la femme, l'autorisation, qu'elle émane de son mari ou de justice, la rend « aussi capable... qu'elle le serait si elle n'était pas mariée » (2). En la relevant complètement de son incapacité comme épouse, elle ne lui permet plus d'attaquer ses actes, sous prétexte qu'ils lèsent ses intérêts. Mais elle ne lui enlève pas non plus, évidemment, la faculté de se prévaloir, conformément au droit commun, des vices dont ils peuvent être atteints, car l'habilitation de la femme ne saurait les rendre plus valables qu'ils ne l'auraient été si elle avait été toujours pleinement capable (3).

2311. Mais dans quelles limites la femme doit-elle être considérée comme habilitée? La règle est que l'étendue de

(1) Demolombe, IV, n. 258; Fuzier-Herman, art. 218, n. 4. — Req. rej., 1er avril 1878, S., 79. 1. 257, D., 79. 1. 120.

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 76; Aubry et Rau, V, § 472, p. 159, n. 91; Demolombe, IV, n. 91 et 275; Toullier, II, n. 655; Laurent, III, n. 142; Huc, II, n. 274; Vazeille, II, n. 355; Fuzier-Herman, art. 215, n. 103 s., et art. 217, n. 119 s.

(3) Bourjon, *Dr. comm. de la France*, I, p. 582.

l'autorisation doit être déterminée d'après les principes ordinaires de l'interprétation, c'est-à-dire d'après les termes dans lesquels elle a été donnée et toutes les circonstances du fait, si ces termes ne sont point, par eux-mêmes, suffisamment explicites (1). L'autorisation est, en effet, un acte dont la portée doit être appréciée comme celle de tous les autres.

2312. Il est donc évident, tout d'abord, que l'autorisation n'habilite la femme que pour l'acte en vue duquel elle a été donnée : il ne saurait dépendre de personne d'en modifier, ni les conditions, ni le caractère. Ainsi la femme autorisée à faire une vente ne peut pas valablement faire, sous cette forme, une donation déguisée, ni profiter de la permission de vendre pour emprunter, et réciproquement (2).

2313. C'est pour le même motif que la femme, simplement autorisée à plaider, ne peut pas transiger (3). Effectivement la transaction consommerait, au moins en partie, l'abandon des droits que la femme doit faire respecter, et elle supposerait en sa personne la capacité de disposer, que, par hypothèse, elle ne possède pas (art. 2045).

2314. De même, autorisée à ester en justice, la femme n'est point habilitée à se désister de sa demande (4). Ce n'est point, comme le répètent certains auteurs, que le désistement implique, s'il ne porte que sur l'instance, une renonciation au droit litigieux, qu'il ne doit pas être permis à la femme de consommer par cette voie. Mais du moins la femme renonce-t-elle ainsi à la faculté de poursuivre l'instance. Or, si elle était libre de ne point l'engager, elle est tenue de se faire autoriser à s'en désister, lorsqu'elle l'a entreprise. Au fond, en effet, ce désistement est susceptible de compromettre

(1) Aubry et Rau, V, § 472, p. 156, n. 74; Demolombe, IV, n. 276.

(2) Lebrun, *De la communauté*, liv. II, ch. I, sect. IV, n. 9; Demolombe, IV, n. 277 et 279; Laurent, III, n. 143; Planiol, I, n. 983-1°; Fuzier-Herman, art. 225, n. 45. — Pau, 19 mars 1831, S., 31. 2. 303, D., 31. 2. 437.

(3) Demolombe, IV, n. 280; Laurent, III, n 147; Planiol, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 215, n. 103 s. — Civ. cass., 3 mai 1808, S., 8. 1. 310, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 780. — Req. rej., 12 fév. 1828, S., 28. 1. 356, D., 28. 1. 127. — Cpr. Rouen, 31 déc. 1904, D., 05. 5. 23.

(4) Demolombe, IV, n. 281; Laurent, *loc. cit.*; Vazeille, II, n. 304; Chardon, *op. cit.*, n. 106; Fuzier-Herman, art. 215, n. 102. — Req. rej., 12 fév. 1828, précité.

ses intérêts, ne fût-ce que par l'obligation de faire, le cas échéant, un nouveau procès, si l'action subsiste.

2315. Pareillement la femme ne peut point user de l'autorisation qu'elle a de plaider, pour acquiescer, soit à la demande formée contre elle, soit au jugement qui la condamne (1). Au premier cas, elle reconnaît le bien fondé de la prétention qu'elle était appelée à combattre; au second, elle se dépouille du droit d'attaquer la décision qui lui préjudicie : dans les deux, l'acquiescement consomme une renonciation à laquelle elle n'avait été nullement habilitée. Dira-t-on que, capable de suivre l'instance, elle doit être capable d'y mettre un terme, si elle le juge plus profitable à ses intérêts? Mais ne serait-ce point lui permettre de procéder à un acte qui est précisément l'opposé de celui qu'elle avait licence de faire, et de mettre fin au procès qu'elle devait soutenir? Aussi vainement objecte-t-on que, si elle est libre de ne pas relever appel de la décision rendue en premier ressort, elle doit pouvoir également renoncer à cette faculté par une renonciation expresse. En assimilant ces deux faits, cette objection méconnaît, de la façon la plus nette, l'impossibilité où l'on est d'acquiescer à certaines décisions, contre lesquelles on conserve cependant, toujours, le droit de ne pas interjeter appel.

2316. Semblablement la femme ne peut point, sans une autorisation spéciale, déférer le serment décisoire à son adversaire (2), pas plus que celui-ci ne peut le lui déférer (3). Ainsi l'exige le caractère de la délation de cette sorte de serment, qui équivaut à une transaction entre les parties : or celle-ci est interdite à la femme mariée qui n'y a pas été spécialement autorisée. Il est vrai que la personne contre qui elle plaide se trouve ainsi privée d'une faculté qui devrait lui appartenir comme à tout autre plaideur. Mais l'incapacité de

(1) Demolombe, IV, n. 281; Laurent, *loc. cit.*; Planiol, *loc. cit.*; Vazeille, II, n. 304; Allemand, II, n. 948. — Paris, 16 mars 1839, D., 39. 2. 115. — *Contra* : Aubry et Rau, V, § 472, p. 157, n. 77. — Req. rej., 7 déc. 1863, S., 64. 1. 12, D., 64. 1. 119. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 215, n. 92.

(2) Demolombe, IV, n. 282; Toullier, X, n. 375; Laurent, III, n. 148; Fuzier-Herman, art. 215, n. 99.

(3) Demolombe, IV, n. 283; Toullier, X, n. 375; Laurent, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 215, n. 98. — Angers, 28 janv. 1825, S., 25. 2. 159, D., 25. 2. 143.

son adversaire l'empêche nécessairement de l'exercer, du moins sans qu'il soit pris, en faveur de celui-ci, les garanties que son incapacité commande. Et, d'ailleurs, comment lui serait-il permis de déférer à la femme un serment qu'elle ne pourrait pas, de son côté, lui référer sans autorisation?

2317. Mais il nous paraît, au contraire, qu'un aveu régulier de la femme produirait contre elle tous ses effets (art. 1356), quoiqu'elle n'eût pas été spécialement habilitée à le faire (1). L'interrogatoire sur faits et articles ou la comparution des parties en personne, destinés à le provoquer, sont de simples mesures d'instruction, auxquelles l'état d'incapacité de l'un des adversaires ne saurait empêcher de recourir. Et, d'un autre côté, la reconnaissance d'un fait doit avoir toute sa valeur à l'égard de la personne dont elle émane, par cela seul que cette personne est moralement capable de la faire. Inutilement objecterait-on que son aveu ne peut lui être opposé, lorsqu'il emporte renonciation à un droit à l'aliénation duquel elle n'aurait pu consentir. Car, s'il est sincère, il ne peut être que la constatation d'un fait déjà accompli et dont il ne s'agit plus que d'apprécier les effets juridiques. Et, s'il est frauduleux, il va de soi qu'il n'y a plus à se demander ce qu'il vaut vis-à-vis de l'incapable, puisque, son caractère une fois établi, il doit être tenu pour non avenu. On ne saurait donc craindre que la femme mariée ne le fasse servir à consommer des actes pour lesquels elle n'était pas régulièrement habilitée.

2318. Si l'autorisation ne peut être appliquée qu'aux actes en vue desquels elle a été donnée, du moins s'étend-elle, suivant la juste proposition de MM. Aubry et Rau, « aux antécédents et aux suites nécessaires » de ces actes (2). On doit

(1) Aubry et Rau, VIII, § 751, p. 171, n. 14; Demolombe, IV, n. 284; Larombière, *Des oblig.*, V, art. 1356, n. 10; Bonnier, *Des preuves*, I, n. 351; Fuzier-Herman, art. 215, n. 94; Baroche, *Encycl. du dr.*, v° *Aveu*, art. 1, § 3, n. 20. — Civ. rej., 22 avril 1828, S., 28. 1. 208, D., 28. 1. 222. — *Contra* : Laurent, III, n. 148.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 156 et 157, n. 75; Demolombe, IV, n. 291, 293 et 294; Laurent, III, n. 144; Fuzier-Herman, art. 215, n. 68 et n. 95 s.; art 218, n. 72 s. — Cpr. Civ. rej., 20 juill. 1835, S., 35. 1. 610, D., 35. 1. 337. — Civ. rej., 29 juin 1842, S., 42. 1. 975, D., 42. 1. 262. — Paris, 23 juill. 1852, D., 54. 2. 102. — Civ. cass., 11 janv. 1854, S., 54. 1. 127, D., 54. 1. 14. — Paris, 3 juill. 1857, S., 58. 2. 193. — Req. rej., 8 nov. 1864, S., 65. 1. 318, D., 65. 1. 389.

supposer qu'on a entendu fournir à la femme tous les moyens de les accomplir, que ces moyens soient propres à les préparer ou à leur faire produire les effets qu'on en attend. La seule difficulté qui puisse se poser, et elle est parfois très délicate, est de déterminer à partir de quel point commencent ces préliminaires et finissent ces suites qu'on est admis à considérer comme des parties intégrantes de l'acte autorisé.

2319. On ne saurait douter, d'abord, que la femme mariée, habilitée à agir en justice, ne le soit, par cela même, à procéder au préliminaire de conciliation, qui doit normalement avoir lieu avant l'introduction de toute instance (art. 48 C. pr.)(1).

2320. De même, autorisée à ester en justice, elle est réputée l'être pareillement à faire exécuter le jugement rendu à son profit : car cette exécution est la suite nécessaire de la procédure dans laquelle elle a été admise à s'engager, et c'est elle seule qui la complète (2).

C'est à ce titre qu'on considère, en particulier, la femme qui a obtenu sa séparation de biens, comme implicitement autorisée à poursuivre l'exécution du jugement et le recouvrement de ses reprises, et notamment, soit à procéder à un règlement amiable avec son mari, soit à former une surenchère sur un des biens de celui-ci dont un tiers se serait porté acheteur ou adjudicataire (3). A quelque obligation que la surenchère assujettisse, elle n'en constitue pas moins le moyen, parfois unique, de sauvegarder les intérêts d'un créancier, et dès lors ce moyen doit rester légitimement à la

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Bureau de concil.*, n. 4; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 157, n. 76; Demolombe, IV, n. 291; Duranton, II, n. 452; Fuzier-Herman, art. 215, n. 70. — Civ. cass., 3 mai 1808, S., 8. 1. 310, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 780.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Autor. mar.*, sect. VIII, n. 4; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 157, n. 78; Fuzier-Herman, art. 215, n. 93.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 157, n. 79-81, et III, § 294, p. 524, n. 62; Demolombe, IV, n. 292; Laurent, III, n. 145; Fuzier-Herman, art. 218, n. 73 s. — Poitiers, 4 mars 1830, S., 30. 2. 156, D., 30. 2. 282. — Req. rej., 11 avril 1842, S., 42. 1. 315. — Civ. cass., 29 mars 1853, S., 53. 1. 442, D., 53. 1. 103. — Riom, 27 mai 1867, sous Cass., S., 69. 1. 301, D., 69. 1. 270. — Req. rej., 8 juillet 1878, D., 79. 1. 55. — *Contra :* Toullier, XIII, n. 107; Laurent, XXXI, n. 501. — Civ. rej., 14 juin 1824, S., 24. 1. 321, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 849. — Grenoble, 30 août 1850, S., 51. 2. 625, D., 53. 1. 103. — Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des priv. et hyp.*, 3e édit., 1906, III, n. 2449.

disposition de la femme, tout comme elle aurait pu, de prime abord, se faire adjuger le bien.

Pour les mêmes motifs, la femme séparée de biens est virtuellement autorisée, afin de se remplir de ses droits, soit à demander la révocation d'un acte fait en fraude de ceux-ci (1), soit à exercer, au nom de son mari, contre un tiers acheteur, une action en rescision pour cause de lésion (2).

2321. De même enfin, la femme autorisée à plaider doit être tenue comme telle, pour former opposition à la décision par défaut rendue contre elle. A vrai dire, c'est toujours la même instance qui continue ; et d'ailleurs elle ne fait qu'user du pouvoir qui lui a été donné, en défendant les droits qu'elle n'avait pas fait valoir jusque-là (3).

2322. Mais le doute devient des plus sérieux, au contraire, lorsqu'il faut déterminer l'exacte portée de l'autorisation qui lui a été accordée d'ester en justice, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse. Devient-elle, par cela même, habile à suivre le procès à tous les degrés de juridiction, ou bien cette habilitation doit-elle être interprétée aussi strictement que possible, ou bien enfin convient-il de distinguer suivant les voies de recours, ou suivant encore la situation que ce recours fait à la femme? Toutes ces opinions ont été soutenues en doctrine et consacrées aussi par des décisions de jurisprudence.

Cette question ne saurait évidemment se poser dans le cas où l'autorisation a été expressément limitée à un certain degré de juridiction : elle doit être alors restreinte à ce degré même (4). Mais ce n'est point, quoi qu'en dise Laurent, le principe de la spécialité qui commande cette solution : elle

(1) Cpr. Demolombe, IV, n. 293. — Caen, 21 janv. 1812 et 25 fév. 1829, D., *Rép*, v° *Mariage*, n. 926.

(2) Laurent, III, n. 145. — *Contra :* Paris, 13 mars 1817, S., 18. 2. 99, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 796. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 215, n. 100, et art. 219, n. 12. — Nimes, 12 juillet 1831, S., 31. 2. 220, D., 31. 2. 216. — Paris, 27 juillet 1850, D., 51. 2. 168.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 157, n. 82; Demolombe, IV, n. 287; Fuzier-Herman, art. 215, n. 101. — Montpellier, 6 mars 1828, S., 29. 2. 18, D., 29. 2. 60. — Toulouse, 25 mars 1882, S., 83. 2. 119, D., 83. 2. 39.

(4) Demolombe, IV, n. 285; Laurent, III, n. 149.

n'en resterait pas moins certaine, s'il n'existait pas, en présence de la manifestation formelle de volonté du pouvoir dont émane cette autorisation.

2323. Mais la difficulté naît, d'abord, lorsque la femme a été autorisée, en termes généraux et sans autre explication, à « ester en justice », ou à « plaider dans telle affaire », ou à « former telle demande », ou à « défendre à telle action ». Et elle se pose également, selon nous, et contrairement à l'affirmation de M. Demolombe (1), lorsque cette autorisation lui a été formellement accordée de la façon la plus étendue, pour tous les degrés de juridiction et pour toutes les voies de recours, de manière à lui permettre de suivre le procès jusqu'à la fin et d'obtenir une solution absolument définitive. Bien mieux, la solution de cette dernière question nous paraît devoir commander celle de la première, car, si la femme ne peut pas être habilitée, en termes exprès, à suivre jusqu'au bout le litige, on doit moins encore interpréter en ce sens une permission conçue en termes équivoques.

Or, loin que « rien ne s'oppose assurément » à ce que la femme reçoive, en termes formels, licence de soutenir la lutte « par toutes les voies légales », comme l'écrit M. Demolombe, il nous paraît que le principe de la spécialité, si du moins nous l'avons bien compris (2), y apporte un obstacle absolu (3). Et il n'est pas défendu de s'étonner que l'éminent auteur, qui entend ordinairement ce principe d'une façon si sévère, se croie autorisé à se montrer si libéral sous le rapport qui nous occupe. Estimerait-il que la protection des intérêts sauvegardés par l'autorité maritale doive être moins complète en matière judiciaire qu'en matière extrajudiciaire? Non, mais il lui paraît suffire, pour que l'autorisation soit

(1) IV, n. 285.

(2) Cf. *supra*, n. 2250.

(3) Laurent, III, n. 149 et 150; Taulier, I, p. 315. — Civ. cass., 15 déc. 1817, S., 49. 1. 293, D., 48. 5. 18. — Aix, 13 mars 1862, S., 62. 2. 154, D., 62. 2. 194. — *Contra :* Demolombe, *loc. cit.;* Duranton, II, n. 459; Huc, II, n. 243; Fuzier-Herman, art. 215, n. 87 s. — Civ. cass., 2 août 1820, S., 21. 1. 35, D , *Rép.*, v° *Mariage*, n. 785. — Poitiers, 21 mars 1827, S., 28. 2. 22, D., 28. 2. 146. — Civ. cass., 18 août 1857, S., 59. 1. 253, D., 57. 1. 333. — Civ. rej., 1er mars 1858, D., 58. 1. 104. — Civ. cass., 2 juill. 1878, S., 78. 1. 341. — Cpr. Beudant, I, n. 329.

spéciale, qu'elle ait été donnée relativement à un litige déterminé, sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit renouvelée à chacune des phases de ce litige.

C'est cette décision qui ne s'accorde pas, à notre sens, avec celles auxquelles M. Demolombe se tient rigoureusement, pour l'habilitation de la femme à passer un acte. S'il exige alors que toutes les conditions de cet acte soient spécifiées, c'est parce que, à défaut de cette précision, l'autorisation ne serait pas susceptible d'être réputée donnée en connaissance de cause. Or est-il possible de considérer comme telle celle qui permet à la femme de soutenir son droit devant quelque juridiction que ce soit, alors que l'opportunité qu'il y a, pour elle, à faire appel, à se pourvoir en cassation, ou à défendre à l'appel ou au pourvoi formé par son adversaire, ne peut être raisonnablement appréciée qu'au moment même où, la décision en premier ou en dernier ressort ayant été rendue, il est loisible d'examiner si et dans quelle mesure elle lui préjudicie? Et comment admettre la validité d'une autorisation accordée, de la sorte, à l'aveugle, par cela seul qu'elle l'est à l'avance, alors que la loi a justement réservé aux parties un délai assez long pour leur laisser tout le temps de la réflexion? Au surplus, en reconnaissant que la femme doit être spécialement autorisée à former une tierce opposition, une requête civile ou une prise à partie, M. Demolombe nous semble avoir fourni lui-même un excellent argument contre sa thèse, car il n'est pas moins nécessaire, assurément, qu'on examine en temps et lieu s'il faut aller en cassation. Et toutes ces distinctions entre les différentes voies de recours ne font que révéler l'arbitraire qui les caractérise.

Sans donc distinguer, soit entre les divers modes de recours, soit entre les différents rôles que joue la femme devant la nouvelle juridiction, soit entre les divers pouvoirs dont elle tient l'autorisation, suivant qu'elle émane du mari ou de la justice, nous estimons que la femme doit être spécialement habilitée à chaque phase de la procédure (1). Si l'objet du litige demeure

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 157, n. 83 et 84; Duranton, II, n. 459 et 460; Delvincourt, I, p. 79, note 8; Taulier, I, p. 345; Beudant, I, n. 329; Chardon, *Puissance mar.*, n. 103; Mimerel, *Rev. crit.*, 1858, XII, p. 111, n. 3. — Civ. cass.,

le même jusqu'à la fin, le débat peut présenter, à chacune de ces phases, des aspects tellement différents, que c'est alors, et alors seulement, que l'autorité maritale est vraiment en mesure de se décider au mieux des intérêts dont elle a la garde.

2324. En conséquence on doit considérer comme limitée au degré de juridiction à l'occasion duquel elle est intervenue, l'autorisation de plaider donnée en termes généraux. Outre que le principe de la spécialité l'exige, il paraît naturel, dans le doute, de n'accorder à cette autorisation qu'une aussi faible portée que possible. En effet, en supposant même ce principe hors de cause, il ne s'agit plus que d'interpréter la volonté du pouvoir dont cette permission émane. Or quel est l'indice qui puisse induire à penser qu'il ne lui a pas assigné de limites, et la supposition contraire n'est-elle pas, pour le moins, aussi vraisemblable, étant donné que ce pouvoir est, par nature, comme tous les autres, jaloux de lui-même ? Pour qu'une interprétation aussi largement extensive fût admissible, il faudrait qu'on pût soutenir que c'est toujours la même instance qui se prolonge pendant toute la durée du procès, et que la même autorisation, qui régularise la première de ses phases, en fait de même pour toutes les autres. Mais, quoiqu'on n'ait pas craint parfois de les émettre, ces propositions constituent des contre-vérités tellement manifestes qu'on n'est vraiment pas tenu de les discuter.

2325. Rien ne montre mieux, au reste, combien il est possible d'interpréter de façons différentes, avec le seul secours du bon sens, l'autorisation dont le mari ou la justice n'ont point marqué l'étendue, que les très nombreuses distinctions qui ont été proposées par la doctrine ou consacrées par la jurisprudence. Comment en être surpris, alors qu'on peut prêter les sentiments les plus différents à l'autorité qui est en cause?

14 juill. 1819, S., 19. 1. 407, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 782. — Civ. cass., 5 août 1840, S., 40. 1. 768, D., 40. 1. 291. — Civ. cass., 18 août 1857, S., 59. 1. 253, D., 57. 1. 333. — Civ. cass., 2 juill. 1878, S., 78. 1. 341, D., 79. 1. 213. — Civ. cass., 22 janvier 1879, S., 79. 1. 252, D., 79. 1. 121. — Cpr. Planiol, I, n. 978. — *Contra :* Magnin, *Des minorités*, II, n. 1401. — Poitiers, 21 mars 1827, S., 28. 2. 22, D., 28. 2. 146. — Riom, 20 mai 1839, S., 39. 2. 513. — Chambéry, 19 mars 1888, S., 88. 2. 195. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 215, n. 71 s., et art. 218, n. 55 s.

Les uns donc, distinguant suivant que la décision rendue en premier ou en dernier ressort l'a été en faveur de la femme ou contre elle, l'admettent, au premier cas, à défendre à l'appel ou au pourvoi en cassation sans autorisation nouvelle, tandis que celle-ci lui est indispensable, au second, pour former cet appel ou ce pourvoi (1). Il leur paraît que la femme doit être supposée avoir reçu pouvoir de défendre, devant toutes les juridictions, la décision qui lui donne gain de cause, mais que ce pouvoir doit lui être renouvelé pour entreprendre la sentence qui lui préjudicie.

Les autres, distinguant entre les voies ordinaires et les voies extraordinaires de recours, considèrent la femme comme habilitée, par l'autorisation qu'elle a reçue d'ester en justice, à employer les premières, soit en défendant, soit même en demandant, mais non pas les secondes (2). Selon eux, l'autorité qui l'habilite a dû nécessairement prévoir l'éventualité d'une prolongation du débat sous la forme de l'appel ou du pourvoi en cassation, et, même en cas d'échec, donner à l'avance licence à la femme de continuer la lutte « par tous les moyens, ordinaires du moins, que la loi fournit aux plaideurs ». Et toutefois M. Demolombe, qui professe cette théorie, croit prudent de conseiller à l'adversaire de la femme, surtout quand elle a formé elle-même le pourvoi, de mettre en cause le mari devant la cour de cassation. C'est donc que sa solution lui paraît douteuse, malgré le principe de sa thèse, pour cette voie de recours.

Par une nouvelle distinction, qui, d'ailleurs, complète à leurs yeux l'une ou l'autre des précédentes, certains auteurs et plusieurs décisions judiciaires accordent les effets qu'ils reconnaissent à l'habilitation, seulement à l'autorisation de justice qu'obtient la femme par voie de demande principale, conformément aux art. 861 s. C. pr. Mais ils restreignent ceux de l'autorisation qu'elle a reçue incidemment à une instance, à

(1) Req. rej., 15 mars 1848, S., 48. 1. 285, D., 48. 1. 119. — Req. rej., 5 mai 1873, S., 73. 1. 298, D., 73. 1. 438. — Civ. cass., 25 fév. 1879, S., 79. 1. 273, D., 79. 1. 158. — Cpr. Huc, II, n. 243; Fuzier-Herman, art. 215, n. 82 s.; art. 218, n. 62 s.

(2) Demolombe, IV, n. 286-289; Fouquet, *Encycl. du dr.*, v° *Autor. de femme mar.*, n. 22. — Bourges, 27 nov. 1829, S., 30. 2. 171, D., 30. 2. 80.

cette instance elle-même (1). On fait valoir en ce sens que cette extension des effets de l'autorisation, que rien ne contrarie, lorsqu'elle a été demandée au juge par la voie principale, ne saurait se produire, quand il l'accorde incidemment : car, si sa compétence doit s'étendre à tous les incidents qui se rattachent à la difficulté principale, elle est renfermée néanmoins dans les limites mêmes de son degré de juridiction.

Il est permis de trouver, rationnellement, plus ou moins acceptables toutes ces interprétations de la volonté de l'*auctor*. Mais, pour les dire fondées en droit, il faudrait qu'elles eussent été présumées explicitement par la loi. Dans son silence, il n'y a pas lieu de les discuter séparément, étant donné qu'elles ont ce tort commun, d'abord d'être arbitraires, ensuite d'être contraires à la règle, certaine celle-là, d'après laquelle, dans le doute, les manifestations de volonté doivent être interprétées restrictivement, et enfin de ne l'être pas moins, par surcroît, selon nous, au principe primordial de la spécialité.

2326. Par une suite de notre opinion, il semblerait que la femme autorisée, conformément aux art. 865 et 878 C. pr., à procéder sur une demande en séparation de biens ou de corps, dût se munir d'une autorisation nouvelle pour interjeter appel du jugement qui rejette sa demande. Et, à vrai dire, les conditions particulières dans lesquelles intervient cette permission ne feraient nullement obstacle à l'application de la règle générale. Mais on admet presque unanimement, au contraire, que l'autorisation du magistrat vaut pour toute la procédure, et habilite la femme à exercer toutes les voies de recours contre la décision des premiers juges. On peut dire en ce sens, non seulement que la loi ne paraît pas avoir prévu d'autre autorisation que celle que le président du tribunal accorde au début de l'instance, mais aussi que, une fois constatée l'impossibilité de concilier les époux, la femme doit être libre, pour arriver à ses fins, de se présenter devant toutes les juridictions (2).

(1) Demolombe, IV, n. 290. — Civ. cass., 5 août 1840, S., 40. 1. 768, D., 40. 1. 291. — Civ. cass., 4 mars 1845, S., 45. 1. 356, D., 45. 1. 97.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 158, n. 85; Garsonnet, *Tr. de procéd.*, VI, § 1353 et 1362; Carré et Chauveau, *Procéd. civ.*, VI, n. 2931; Coulon, *La sép. de corps et*

2327. Du moins ne faut-il point exagérer, comme M. Laurent (1), la portée de la règle qui a été posée, jusqu'à dire que la femme qui succombe en première instance doit être autorisée, même pour être admise à ne pas interjeter appel et à laisser expirer le délai. En s'inclinant devant la décision qui la condamne, elle n'agit point, mais s'abstient. Or ses abstentions, si préjudiciables qu'elles puissent être, ne sont pas subordonnées, pour leurs effets, à une autorisation préalable. Dire que cette abstention particulière équivaut à un acquiescement de sa part, c'est oublier toute la différence qui sépare celui-ci du fait de ne pas exercer une voie de recours, et omettre qu'on peut fort bien laisser passer en force de chose jugée une décision à laquelle il est interdit d'acquiescer.

2328. Quant aux effets de l'autorisation à l'égard du mari, le principe est que celle qui émane de lui ne saurait créer d'obligation à sa charge, conformément au vieil adage « *qui auctor est non se obligat* » (2). Cette autorisation ne le rend point partie à l'acte auquel la femme procède, et l'habilitation n'implique aucunement la volonté de sa part d'être obligé avec elle (3).

2329. Ce principe est toutefois susceptible d'être modifié par sa combinaison avec d'autres règles tout aussi certaines, et dont l'application peut faire naître une obligation à la charge du mari lui-même, bien qu'il se soit borné à autoriser son épouse (4).

Une première exception peut résulter, tout d'abord, du jeu

le divorce, IV, p. 137. — Req. rej., 23 nov. 1864, S., 65. 1. 320, D., 65. 1. 384. — *Contra :* Laurent, III, n. 150.

(1) III, n. 149.

(2) Cf. L. 26, C., *De administ. tut. vel cur.*, V, 37; L. 160, pr., D., *De reg. jur.*, L. 17.

(3) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 399, n. 37; Merlin, *Rép.*, v° *Autor. mar.*, sect. VII *bis*, n. 1 s.; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 159, n. 92; Demolombe, IV, n. 307; Duranton, II, n. 461; Laurent, III, n. 151; Huc, II, n. 274; Planiol, I, n. 986; Vazeille, II, n. 366 et 375; Fuzier-Herman, art. 215, n. 108 s.; art. 217, n. 123 s. — Montpellier, 10 floréal an XIII, S. chr., II. 2. 45. — Bordeaux, 30 mai 1816, S., 17. 2. 229, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 929. — Cpr. Agen, 30 janv. 1882, S., 83. 2. 223, D., 83. 2. 41. — Cpr. Civ. rej., 22 mars 1898, D., 1903. 2. 397. — Civ. rej. (sur ce point), 7 mai 1901, D., 1905. 1. 497, et la note.

(4) Cf. Req. rej., 4 juin 1894, D., 94. 1. 567.

des conventions matrimoniales adoptées par les époux. L'existence entre eux d'une communauté, soit légale, soit conventionnelle, a pour effet, aux termes des art. 1409-2° et 1419, d'une part, de faire tomber à la charge de cette communauté les dettes contractées, pendant qu'elle dure, par la femme du consentement du mari, et, d'autre part, de grever le mari, comme chef de la communauté, des obligations qui incombent à cette dernière. Dans quelle mesure se produit cet effet réflexe, dont l'art. 220 consacre, pour le cas où la femme est marchande publique, une application particulière, et sous quels régimes il se produit, dans quelle mesure aussi il a été modifié par les dispositions de la loi du 13 juillet 1907, c'est ce qu'on verra au titre du *Contrat de mariage* (1).

2330. Mais, par une deuxième exception de nature à se présenter précisément sous d'autres régimes que celui de la communauté, l'acte judiciaire ou extrajudiciaire auquel la femme a procédé avec le consentement de son mari, est encore de nature à réfléchir contre celui-ci, juste dans la mesure du droit qui pouvait lui appartenir personnellement sur l'objet auquel cet acte est relatif (2). C'est ainsi que, lorsqu'il autorise sans réserve (3) la femme à aliéner un de ses biens propres, il perd la jouissance qu'il avait sur ce bien, et qu'il s'expose tout au moins à la perdre, s'il autorise la propriétaire à s'obliger, en laissant naître par là le droit de gage général des créanciers sur la pleine propriété elle-même. Le mari doit alors supporter les conséquences des engagements qu'il a laissé prendre à sa femme. Mais, à vrai dire, c'est moins par le fait de son autorisation que par le fait de sa volonté, qu'il s'y trouve obligé, puisqu'il aurait dépendu de lui, par une réserve formelle, de soustraire son propre droit

(1) Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 160, n. 93-95; Demolombe, IV, n. 308 s.; Laurent, III, n. 152; Planiol, I, n. 986; Fuzier-Herman, art. 215, n. 112 s.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Autor. maritale*, sect. VII *bis*, n. 9; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 160, n. 96 et 97; Demolombe, IV, n. 311; Proudhon, *De l'usuf.*, IV, n. 1779 et 1780; Valette sur Proudhon, I, p. 472, note *a*; Delvincourt, III, p. 16, note 1; Laurent, III, n. 152; Huc, II, n. 274; Planiol, I, n. 986; Demante, *Thémis*, VIII, p. 168 s.; Fuzier-Herman, art. 215, n. 116 s. — Lyon, 2 févr. 1825, D., 25. 2. 190.

(3) Arg. art. 1555.

aux poursuites des créanciers de son épouse. Finalement donc, cette exception au principe est purement apparente.

2331. Enfin ce principe semblerait recevoir un nouveau tempérament, lorsqu'une obligation dérive pour le mari d'une autre source que son autorisation. Mais il est plus exact de dire alors que, sans que ce principe soit entamé, si le mari se trouve obligé, c'est en une autre qualité que celle d'*auctor*. Tel est le cas où il est tenu *de in rem verso*, à raison et jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve enrichi, lui-même ou la communauté, du fait de l'acte auquel a procédé la femme (1).

2332. Le mari, qui, en règle, n'est point engagé par son autorisation personnelle, ne saurait l'être *a fortiori* par l'autorisation de justice, qui lui est complètement étrangère. Aussi les actes de la femme ne sauraient-ils alors produire aucune conséquence contre lui (2). C'est par application de cette règle certaine qu'aux termes de l'art. **1426** « les actes faits par la femme sans le consentement du mari, et même avec l'autorisation de la justice, n'engagent point les biens de la communauté », et ce n'est que par des motifs de nécessité que l'art. **1427** a apporté une double dérogation à ce principe.

2333. La portée de cette règle est même tellement générale qu'elle doit être maintenue, non seulement lorsque le juge n'autorise que sur le refus du mari, mais encore lorsqu'il le supplée, à raison de son absence ou de son incapacité (3). D'une part, même alors, il reste vrai que le mari n'a point consenti à l'acte de la femme : cet acte n'est donc pas susceptible de produire les effets que lui auraient donnés les conventions matrimoniales des époux, si ce consentement était intervenu. Et peu importe, à cet égard, la cause pour laquelle ce dernier n'a point été obtenu. D'autre part, les art. **1419** et **1426**, par les règles qu'ils posent, comme l'art.

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Autor. mar*, sect. VII *bis*, n. 9; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 161, n. 100.

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 78; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 159, n. 92, et p. 161, n. 98; Demolombe, IV, n. 318; Laurent, III, n. 153; Huc, II, n. 274; Planiol, I, n. 986.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 161, n. 99; Demolombe, IV, n. 319-321; Toullier, II, n. 656 et 658; Duranton, XIV, n. 299 et 301; Laurent, *loc. cit.* — *Contra* : Zachariæ, éd. Massé et Vergé, I, § 134, p. 243, n. 62.

1427, par l'exception qu'il consacre, montrent péremptoirement la nécessité de l'autorisation personnelle du mari, pour que l'acte de la femme puisse réfléchir contre lui ou contre la communauté. A la vérité, les art. 1413 et 1417 sembleraient ne restreindre les effets de l'autorisation judiciaire que dans la seule hypothèse où l'époux a refusé la sienne. Mais il serait contraire aux principes de l'interprétation de les entendre dans un sens différent de celui des dispositions générales qui posent, en termes non équivoques, la règle même dont ils ne constituent que de simples applications (1).

2334. Tels sont les effets de l'autorisation en ce qui concerne l'un ou l'autre des conjoints. Mais elle ne saurait évidemment les produire, si elle était révoquée avant qu'on l'eût mise à profit, puisqu'elle serait à considérer comme non avenue.

Nul ne doute, effectivement, que le mari ne puisse, en temps opportun, user de cette faculté de révocation, et, mieux informé ou plus prudent, empêcher ainsi la femme d'accomplir un acte qu'il juge maintenant préjudiciable (2). L'autorité maritale ne saurait se limiter elle-même par ses manifestations, et se lier sans retour au moment où elle a le plus grand besoin d'être libre, fût-ce pour se déjuger. Enfin on ne doit aucunement considérer comme un droit acquis, avant qu'elle en ait usé, la faculté accordée à la femme (3).

2335. Mais du moins ne faut-il pas qu'elle lui soit retirée à contre-temps et d'une façon intempestive, ce qui est une simple question de fait. On ne saurait dire toutefois, avec M. Demolombe, qu'il faut « que les choses soient entières », pour que la révocation soit possible. Tout au contraire, elle nous paraîtrait, en thèse, pouvoir utilement intervenir jusqu'au moment où elles sont complètement consommées, précisément parce qu'il pourrait être désirable qu'une opération

(1) Cf. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*, 3e éd., 1906, I, n. 546.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 158, n. 86; Demolombe, IV, n. 322; Toullier, XII, n. 257; Planiol, I, n. 960; Fuzier-Herman, art. 215, n. 41.

(3) La révocation du mandat ou de l'autorisation donnée à la femme, en ce qui concerne les dépenses du ménage, est soumise à des conditions particulières. Cf. Planiol, *loc. cit.*

mal engagée fût arrêtée avant qu'elle eût produit tous ses mauvais résultats (1).

2336. Dans cette mesure, on décidait, sous le régime du code de commerce, que le mari pouvait indubitablement révoquer l'autorisation qu'il avait donnée à la femme de faire le commerce (2). Les travaux préparatoires de l'art. 5 de ce code ne laissaient place à aucune contestation sur ce point (3). Mais la loi du 13 juillet 1907, on l'a déjà vu, est venue rendre cette question des plus douteuses (4).

2337. Le mari peut non moins certainement user de son droit de révocation même à l'encontre d'une autorisation qu'il a donnée dans le contrat de mariage (5). Car, à moins que cette prétendue autorisation ne soit constitutive d'une véritable convention matrimoniale, comme il en est effectivement lorsque la femme stipule qu'elle administrera ses biens elle-même (art. 223 et 1538), son caractère ne change pas avec les circonstances dans lesquelles elle intervient. Et le mari ne peut pas plus abdiquer son autorité, par une clause du contrat de mariage, qu'il ne peut s'en dépouiller, fût-ce partiellement, après coup.

2338. Avant la loi de 1907 et le doute qu'elle est venue faire planer sur le pouvoir de révocation du mari, on décidait qu'il pouvait en user même pour mettre fin au commerce dont la femme s'était fait assurer la continuation par une des stipulations de son contrat, mais qu'il appartenait au juge, auquel elle appelait de cette décision, de lui maintenir cette permission (6), soit pendant la durée et pour les besoins de

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Planiol, *loc. cit.* — Cpr. Demolombe, IV, n. 323.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 158, n. 87; Demolombe, IV, n. 323; Demante, I, n. 302 *bis*, III; Toullier, XII, n. 257 s.; Huc, II, n. 267; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 251; Thaller, *op. cit*, n. 100; Fuzier-Herman, art. 215, n. 42, et art. 220, n. 23 s.

(3) Locré, *Lég.*, XVII, p. 151 s., n. 4, et p. 157.

(4) Cf. *supra*, n. 2267 *ter*.

(5) Demolombe, IV, n. 324; Valette, *Cours*, I, p. 347; Huc, *loc. cit.*; Chardon, *op. cit.*, n. 198 s.; Cubain, *op. cit.*, n. 586 et 587; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 220, n. 23 s.; Beslay, *Des commerçants*, n. 309 s. — Cpr. Bordeaux, 12 nov. 1873, S., 74. 2. 193.

(6) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*; Toullier, XII, n. 257 s.; Pardessus, *op. cit.*, I, n. 64; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, *loc. cit.* — *Contra* : Massé, *Dr. comm. et Dr. civ.*, II, n. 1115. — Cpr. Thaller, *op. cit.*, n. 103.

sa liquidation, soit même d'une façon indéfinie pour l'avenir. Ainsi l'ont décidé les auteurs mêmes suivant lesquels l'autorisation de commercer ne peut émaner que du mari. Mais, s'ils se fondent à juste titre, pour justifier cette solution, sur les travaux préparatoires (1), ils sont moins à l'aise pour la faire cadrer avec leur opinion. Qu'importe, au point de vue des droits du juge, qu'il ne s'agisse pour la femme que de se faire autoriser à continuer son négoce, s'il est de règle, d'une part, qu'elle ne peut l'entreprendre que du consentement de son conjoint, et, d'autre part, que celui-ci est toujours maître de révoquer ce consentement, sauf à elle à s'en prévaloir jusqu'à ce qu'elle ait liquidé?

2339. Cette faculté de révocation appartient-elle encore au mari lorsque l'autorisation émane, non de lui, mais de la justice? Il faut distinguer.

Elle ne lui appartient pas, quand c'est sur son refus que l'autorisation a été accordée par le juge à la femme. En ce cas, la décision judiciaire a tranché une véritable contestation, et son autorité s'impose dès lors au mari, sauf à lui à exercer les voies de recours qui restent à sa disposition, et notamment à interjeter appel (2). Mais il ne lui serait pas permis, à notre sens, de suivre, pour obtenir le retrait de l'autorisation, les mêmes formes que la loi organise pour se la procurer (art. 861 s. C. pr.). Ces formes supposent que le tribunal n'a pas encore été saisi de l'affaire, et cette procédure serait susceptible d'aboutir à une rétractation qui, d'après les principes, n'est pas dans les pouvoirs de celui-ci; son jugement, une fois rendu, ne lui appartient plus.

2340. Le mari peut au contraire, semble-t-il, révoquer l'autorisation de justice, lorsqu'elle n'est intervenue qu'en raison de son état d'absence ou d'incapacité, qui a cessé depuis lors (3). On serait porté à douter, au premier abord, qu'il puisse ainsi mettre à néant, par un acte de sa volonté, une décision judiciaire dont la femme paraît avoir un droit acquis à se prévaloir. Mais comme, par hypothèse, elle n'en

(1) Locré, *loc. cit.*
(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 159, n. 89.
(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 158, n. 88; Demolombe, IV, n. 325,

a pas encore usé au moment où son conjoint recouvre complètement son autorité, le mari ne fait qu'exercer celle-ci en s'opposant à ce que l'autorisation du juge ait des suites, alors surtout que c'est à défaut de la sienne, et parce qu'il était nécessaire de la suppléer, qu'elle a pu être obtenue. A vrai dire, il ne rentrerait pas dans tous les attributs de cette autorité, s'il devait respecter, même pour l'avenir, une décision qui est censée être l'expression de sa volonté propre, alors qu'elle ne l'est réellement pas. Elle ne doit donc plus s'imposer à lui, comme elle doit nécessairement le faire lorsqu'elle statue sur le conflit qui s'est élevé entre les époux.

2341. De ce point de vue, nous estimons avec MM. Aubry et Rau que le mari peut révoquer cette autorisation supplétive dans les mêmes formes que la sienne, dont elle tient réellement lieu (1). L'obliger, comme le veut M. Demolombe (2), à se pourvoir conformément aux art. 861 s. C. pr., ce serait admettre, du moins dans l'opinion de cet auteur, que la décision du juge a été prononcée plutôt contre lui qu'à défaut de son consentement personnel, et l'astreindre à la faire rétracter tout comme s'il l'avait refusée lui-même : aussi bien M. Demolombe ne fait-il aucune distinction entre les deux cas. On remet, au contraire, les choses dans leur vrai sens, en reconnaissant au mari la faculté de retirer directement et librement une autorisation qui remplaçait la sienne, et à la femme le droit de se pourvoir contre cette révocation, en suivant les formes du Code de procédure.

2342. Il est certain, au surplus, que, dans tous les cas, la révocation de l'autorisation ne saurait porter atteinte aux droits acquis à des tiers avant qu'elle ne soit survenue (arg. art. 1451) (3). Comment en souffriraient-ils, alors que la femme a été régulièrement habilitée?

Mais, bien mieux, cette révocation ne saurait leur préjudicier, lorsqu'ils l'ont légitimement ignorée, quoiqu'elle fût

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*
(2) *Loc. cit.*
(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 159; Demolombe, IV, n. 326; Planiol, I, n. 960.

antérieure aux actes qu'ils ont passés avec la femme (1). Ainsi l'exigent les nécessités du crédit auxquelles la disposition de l'art. 2009 s'est appliquée, en matière de mandat, à donner satisfaction. Les tiers ne sauraient être victimes de leur foi en un pouvoir dont ils n'ont aucun moyen sûr de connaître la révocation. C'est donc au mari de faire tous ses efforts pour la divulguer, afin de rendre par là cette ignorance inexcusable.

N° 4. Des effets du défaut d'autorisation.

2343. Le défaut d'autorisation a pour conséquence, dans les cas où elle est requise, la nullité de l'acte extrajudiciaire ou l'irrégularité de l'acte judiciaire auquel a procédé la femme (2). Il ne s'agit que de nullité, et non d'inexistence (3). Encore cette nullité, qui était absolue dans notre ancien droit (4), n'est-elle plus aujourd'hui que relative. C'est ce qui résulte de l'art. 225, ainsi conçu : « *La nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, par le mari, ou par leurs héritiers* », et de l'art. 1125, 2e al., aux termes duquel « les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, avec qui elles ont contracté ». Effectivement ceux-là seuls qui participent, directement ou indirectement, aux intérêts collectifs dont l'autorité maritale constitue un moyen de sauvegarde, doivent être admis à se prévaloir de l'incapacité de la femme qui s'est affranchie de cette auto-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 159, n. 90; Demolombe, IV, n. 326; Demante, I, n. 302 *bis*, III; Huc, II, n. 267; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 251. — Trib. comm. Périgueux, 24 mai 1853, sous Cass., S., 54. 1. 193, D., 54 1. 175. — Cpr. Toullier, XII, n. 258; Fuzier-Herman, art. 220, n. 27 s.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Autor. marit.*, sect. III, § 4; Aubry et Rau, V, § 472, p. 162 et 163, n. 109; Laurent, III, n. 156; Planiol, I, n. 987 et 993; Surville, I, n. 355 et 359. — Civ. cass., 7 août 1815, S., 15. 1. 346, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 955. — Sect. civ., 14 juill. 1819, S., 19. 1. 407, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 782. — Civ. cass., 15 mars 1837, S., 37. 1. 340. — Besançon, 8 mars 1899, D., 99. 2. 269.

(3) On en a tiré cette conséquence que le délit de destruction de titre peut exister, quand même il s'agirait de l'engagement d'une femme mariée non autorisée. Crim. rej., 6 juin 1901, D., 1903. 2. 198.

(4) Pothier, *op. cit.*, n. 5; *Nouveau Denizart*, II, v° *Autor.*, § 2, n. 15. — Cpr. Bourjon, *Dr. comm. de la France*, I, p. 584; Lebrun, *De la comm.*, liv. II, ch. I, sect. V, n. 3.

rité. C'eût été un contre-sens que d'étendre cette faculté aux tiers, que la subordination de la femme ne regarde pas, et de leur permettre d'attaquer des actes dont le maintien peut être des plus profitables aux intérêts de la famille.

2344. Le premier caractère de notre nullité est donc de ne pouvoir être proposée, comme toutes les nullités relatives, que par certaines personnes. Quelles sont-elles?

1° Elle doit d'abord pouvoir être proposée par la femme, c'est-à-dire par l'incapable, à raison de sa participation aux intérêts de famille dont la puissance maritale devait assurer la protection. On n'a donc point concentré entre les mains du mari le pouvoir d'arguer de cette nullité, et à juste titre, puisque l'acte intéresse son épouse plus encore que lui-même. Et toutefois, durant le mariage, ou au moins jusqu'à la séparation de corps, la femme ne pourrait invoquer cette nullité, par voie d'action, sans l'assentiment de son conjoint, dans l'obligation où elle est d'être autorisée pour ester en justice (1).

2345. 2° Cette nullité peut être proposée ensuite par le mari (2). Il y en a un double motif : c'est, d'une part, qu'il est titulaire de l'autorité qui n'a pas été respectée, et que, d'autre part, les intérêts auxquels elle doit veiller sont, au moins en partie et indirectement, les siens ou ceux de la famille dont il est le chef. Son droit repose donc à la fois sur un fondement moral, la qualité qui lui appartient (3), et sur un fondement pécuniaire, la part qu'il possède dans l'intérêt collectif dont il a la garde. Cette observation est de la plus haute importance.

2346. Il en résulte en effet que, puisque le fondement

(1) Planiol, I, n. 988-2°; Surville, I, n. 356.

(2) Planiol, I, n. 988-1°; Surville, I, n. 357.

(3) Le mari pourrait réclamer des dommages-intérêts au directeur d'un théâtre qui aurait engagé et fait jouer sa femme, quoique l'autorisation nécessaire eût été refusée à cette dernière, tout à la fois par lui et par la justice. Il en serait ainsi, quand bien même la femme se serait obligée à garantir le directeur contre les condamnations qui pourraient être prononcées contre lui, au profit du mari. Cette promesse, étant nulle, comme n'ayant pas été autorisée par qui de droit, ne saurait être opposée au mari. Trib. Seine, 17 juill. 1901, S., 1902. 2. 284, D., 1902. 2. 109, *Rev. crit.*, 1903, p. 216, avec les observations de M. Perreau. — Paris, 4 mars 1903, S., 1903. 2. 168, D., 1903. 2. 144.

moral de son droit disparaît à la dissolution du mariage ou même lors de la séparation de corps, qui emportent toutes deux extinction de l'autorité maritale, le mari ne peut plus, à compter de cette époque, se prévaloir de la nullité qu'autant qu'il a un intérêt pécuniaire à la faire prononcer (1). Tel serait le cas, notamment, où il attaquerait la renonciation que sa femme aurait faite, sans autorisation, à une succession qui devait tomber en communauté, en tout ou en partie.

2347. 3° La nullité peut être proposée encore par les héritiers de l'un ou de l'autre des époux : telle est la décision formelle de l'art. 225.

Que les héritiers de la femme possèdent une faculté qui reposait, en sa personne, sur un intérêt pécuniaire, c'est certain, car elle la transmet à ses successeurs avec les mêmes caractères : ils doivent donc l'exercer en son lieu et place (2).

Mais, qu'elle appartienne même aux héritiers du mari, c'est ce qui a paru plus douteux à certains auteurs, qui sont allés jusqu'à prétendre que ces héritiers avaient été compris par erreur dans la disposition légale. En effet, a-t-on dit, non seulement ils ne sauraient succéder à l'action qui repose uniquement sur la puissance maritale, mais encore ils n'ont pas, « en cette seule qualité d'héritiers du mari, intérêt, ni par conséquent droit de faire annuler les actes de la femme » (3). C'est dans cette dernière proposition qu'est l'erreur. L'exemple qui vient d'être donné d'une renonciation de la femme à une succession qui aurait partiellement profité au mari, prouve qu'un intérêt pécuniaire peut fort bien légitimer l'action des héritiers de celui-ci. Et cette action, ils l'exercent incontestablement, quoi qu'en dise M. Demolombe, non point « comme créanciers, comme ayants cause de la femme », mais bien, avant tout, en la qualité de successeurs du mari, qui seule leur permet de venir, au lieu et place de leur auteur, au partage

(1) Demolombe, IV, n. 341 ; Laurent, III, n. 158 ; Huc, II, n. 177 ; Planiol, I. n. 988, *in fine ;* Beudant, I, n. 337, p. 469, note 1. — Bordeaux, 20 avril 1872, D., 73. 2. 32.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 162, n. 102 ; Planiol, I, n. 988-3° ; Surville, I, n. 358.

(3) Demante, I, n. 308 *bis*, I ; Valette sur Proudhon, I, p. 467, note *a ;* Duvergier sur Toullier, II, n. 661, note *a*. — Cpr. Planiol, I, n. 988-3°.

des biens communs. Et de même, ainsi que le montre M. Huc, ces héritiers peuvent être pareillement intéressés à faire annuler l'engagement contracté par la femme envers un créancier, qui lui-même attaquerait la renonciation qu'aurait faite sa débitrice à la communauté, en fraude de ses droits : or, à quel autre titre que celui d'héritiers seraient-ils admis à demander cette annulation ? Pour être très rare, la possibilité de l'existence à leur profit d'un intérêt pécuniaire n'en justifie pas moins cette partie de notre disposition, qui conserve ainsi une portée pratique (1).

2348. 4° La nullité peut être enfin invoquée par les créanciers ou ayant-cause des deux époux ou de leurs héritiers (2). Mais cette proposition, qui n'est pas explicitement consacrée par le texte, est l'objet de certaines contestations.

Ce n'est pas le droit des créanciers de la femme qui est mis en doute : il ressort de l'art. 1166, car son propre droit ne saurait être considéré comme attaché à sa personne, alors que son fondement est exclusivement pécuniaire et qu'à ce titre il est transmissible à ses héritiers. Puis, il serait injuste de le réserver, de son vivant à la femme, sous prétexte qu'elle peut avoir scrupule à l'exercer, alors que le maintien de l'acte annulable serait susceptible de préjudicier à ceux qui ont reçu des promesses valables de leur débitrice. Enfin, si l'art. 225 a gardé le silence sur les créanciers, c'est apparemment qu'il n'a eu d'autre objet que de faire pour l'avenir,

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 162. n. 102 ; Demolombe, IV, n. 341 ; Duranton, II, n. 515 ; Valette, *Cours*, I, p. 356 ; Marcadé, I, art. 225-III, n. 752 ; Laurent, III, n. 158 et 164 ; Huc, II, n. 279 ; Surville, I, n. 358 ; Beudant, I, n. 337.

(2) Merlin, *Quest.*, v° *Hypothèque*, § 4, n. 3 et 4 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 162, n. 103, et IV, § 312, p. 128, n. 48 ; Demolombe, IV, n. 342 ; Demante et Colmet de Santerre, V, n. 81 *bis*, X ; Delvincourt, II, p. 153, note 7 ; Proudhon, *De l'usuf.*, V, n. 2347 ; Duranton, II, n. 512 ; X, n. 561, et XII, n. 569 ; Marcadé, I, art. 225-III, n. 752, et IV, art. 1166-II, n. 494 ; Laurent, III, n. 163 ; Huc, II, n. 278 ; Beudant, I, n. 337 ; Vazeille, II, n. 334 ; Larombière, *Des oblig.*, I, art. 1166, n. 15 ; Fouquet, *Encycl. du dr.*, v° *cit.*, n. 99. — Civ. cass., 10 mai 1853, S., 53. 1. 572, D., 53. 1. 160. — Paris, 14 nov. 1887, D., 88. 2. 225. — *Contra :* Toullier, VII, n. 566 ; Fuzier-Herman, art. 225, n. 37 s. ; Chardon, *op. cit.*, n. 130 ; Cubain, *op. cit.*, n. 120. — Angers, 1er août 1810, S , 14. 2. 144, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 939. — Grenoble, 2 août 1827, S., 28. 2. 186, D., 28. 2. 95. — Req. rej., 6 mars 1878, S., 78. 1. 324, D., 78. 1. 316. — Cpr. Lyon, 27 mars 1832, S., 33. 2. 282, D , 33. 2. 210. — Req. rej., 17 août 1853, S., 55. 1. 811, D., 54. 1. 388.

d'une nullité autrefois absolue, une nullité simplement relative (1).

2349. Mais la doctrine décide très généralement que les créanciers du mari ne sauraient exercer son action, au moins durant le mariage, et qu'ils ne le peuvent tout au plus qu'après la dissolution de celui-ci, lorsque cet exercice se justifie encore par un intérêt pécuniaire (2). Avec la minorité, nous persistons à penser qu'ils peuvent intenter cette action, au nom de leur débiteur, même pendant la durée du mariage (3). Vainement dit-on que « de la part du mari elle n'est pas en général fondée sur un intérêt pécuniaire, mais bien sur un droit exclusivement attaché à sa personne, sur son droit de puissance maritale ». Il va de soi, en effet, que les créanciers ne sont point recevables à l'exercer à sa place, lorsque tel est uniquement son caractère; et, au fait, de quelle utilité, en ce cas, pourrait-elle leur être? Mais, pour leur dénier cette faculté lorsque le mari serait, lui-même, pécuniairement intéressé à agir, il faudrait prouver que le fondement moral de l'action qui lui appartient de son vivant absorbe l'autre. Et il faudrait expliquer en outre pourquoi il en serait différemment après la dissolution du mariage, puisque son fondement pécuniaire suffit au regard des héritiers. N'est-il pas plus logique d'admettre que les créanciers du mari peuvent, comme ceux de la femme, exercer les droits de leur débiteur, lorsque l'action trouve sa justification dans l'intérêt pécuniaire qu'il a à l'annulation?

2350. Enfin, si on admet les créanciers des deux époux à agir, on doit aussi reconnaître aux créanciers de leurs héritiers le droit d'exercer l'action compétant à leurs débiteurs, puisqu'elle a nécessairement, en la personne de ces derniers, un caractère pécuniaire, et qu'elle ne doit donc pas être réputée attachée à celle-ci.

2351. Telles sont les seules personnes qui soient admises

(1) Surville, I, n. 357. — Cpr. Bonnet, *Journ. du notariat*, 1901, p. 182.

(2) Demolombe, IV, n. 342; Laurent, III, n. 158; Huc, *loc. cit.* — Cpr. Surville, I, n. 357.

(3) Req. rej., 14 août 1822, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 939. — Cpr. Beudant, I, n. 337, p. 469, note 1.

à faire valoir la nullité. Purement relative, elle ne saurait être opposée par les tiers, soit qu'ils aient contracté avec la femme, ainsi que l'exprime formellement l'art. 1125 (1), soit qu'ils aient plaidé contre elle, soit même qu'ils ne soient nullement entrés en rapports avec celle-ci, quelque intérêt qu'ils puissent avoir à faire annuler l'acte qu'elle a accompli (2). S'il en était autrement, le sort de cet acte pourrait dépendre d'une volonté étrangère à celle de la famille, en faveur de laquelle il a été exclusivement déclaré annulable. La seule question qui puisse être douteuse est de savoir quels sont ceux qui ont réellement la qualité de tiers ; mais le principe ne peut être mis en discussion.

2352. Or on doit considérer comme certain que l'acquéreur ou l'adjudicataire d'un immeuble sur lequel la femme a formé une surenchère, sans y être autorisée, est sans droit à arguer de la nullité de celle-ci (3). C'est, en effet, incontestablement un tiers, comme tel sans action, sinon sans intérêt. Dès lors il ne sert de rien de remarquer qu'il n'a point traité avec la femme, qu'on ne peut lui reprocher aucune imprudence, et qu'il est dans le vœu de la loi que le sort de la propriété soit rapidement déterminé. Seules, les personnes auxquelles compète l'action en nullité peuvent faire statuer sur la validité de l'acte irrégulièrement accompli.

2353. On peut fortement douter, au contraire, qu'il soit interdit au tiers détenteur d'un immeuble, hypothéqué sans

(1) Sur la double question de savoir si la caution de la femme ou l'auteur d'une donation acceptée par elle ne peuvent pas se prévaloir de la nullité de son obligation ou de son acceptation, cf. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du cautionn.*, n. 945, et Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des don. et des test.*, I, n. 1287 s. et 1305 s.

(2) Demolombe, IV, n. 350; Laurent, III, n. 155; Planiol, I, n. 989; Surville, I, n. 355; Fuzier-Herman, art. 225, n. 21 s. et n. 26 s. — Req. rej., 17 déc. 1834, S., 35. 1. 544, D., 35. 1. 82. — Cpr. Civ. cass., 4 août 1884, S., 85. 1. 477, D., 85. 1. 209. — Req. rej., 28 fév. 1893, S., 94. 1. 209, note de M. Labbé, D., 93. 1. 279.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 163, n. 107, et III, § 294, p. 524, n. 63; Demolombe, IV, n. 350; Laurent, III, n. 155; Fuzier-Herman, art. 225, n. 35. — Civ. rej., 11 juin 1843, S., 43. 1. 465, D., 43. 1. 320. — Caen, 9 janv. 1849, D., 53. 2. 36. — Paris, 15 juill. 1886, D., 87. 2. 109. — *Contra :* Duranton, XX, n. 403; Demante et Colmet de Santerre, IX, n. 174 *bis*, XIV; Troplong, *Des hyp.*, IV, n. 965; Cubain, *op. cit.*, n. 134. — Grenoble, 30 août 1850, S., 51. 2. 625, D., 53. 1. 103 — Cpr. Civ. rej., 14 juin 1824, S., 24. 1. 321, D., 24. 1. 234. — Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hyp.*, 2e éd., 1906, III, n. 2452.

autorisation par la femme, de se prévaloir de la nullité de la constitution. D'une part, malgré son titre et les apparences qu'il lui donne, le tiers détenteur n'en doit pas moins être supposé l'ayant-cause de la femme, dont il tient ses droits. D'autre part, il est susceptible de devenir éventuellement son créancier, à raison des obligations de garantie qui incombent à la femme. Comment donc lui refuser une action qui lui appartient à un double titre? On le doit d'autant moins, que la lui retirer équivaudrait à priver la femme elle-même du bénéfice de la sienne, puisqu'elle serait exposée au recours que ne manquerait pas d'exercer le tiers détenteur qui aurait été obligé de payer. Nous inclinons donc, avec la minorité de la doctrine, à lui accorder cette action (1).

2354. Par une conséquence du caractère relatif de la nullité, la partie contre laquelle plaide une femme non autorisée, en première instance, en appel ou en cassation, n'est point admise à faire annuler les actes de procédure effectués à la requête de cette dernière, et notamment une assignation, un acte d'appel ou un pourvoi, pas plus qu'à attaquer de ce chef les jugements qu'elle a obtenus (2). Ce serait, de la part du défendeur ou de l'intimé, se prévaloir d'une irrégularité des suites de laquelle la femme a, seule, le droit de se faire relever.

2355. Mais du moins peut-il, par une fin de non-procéder ou une sorte d'exception dilatoire, refuser d'engager le débat avec elle, jusqu'à ce qu'elle régularise sa procédure, en justifiant de l'autorisation dont elle doit être pourvue. Outre qu'il

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 162, n. 104. — *Contra :* Zachariæ, éd. Massé et Vergé, I, § 134, p. 244, n. 66; Demolombe, IV, n. 350; Laurent, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 225, n. 34. — Lyon, 27 mars 1832, S., 33. 2. 282, D., 33. 2. 210.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Autor. mar.*, sect, III, § 4; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 164, n. 114 et 115; Demolombe, IV, n. 351; Demante, I, n. 308 *bis*, III; Laurent, III, n. 156; Huc, II, n. 243; Surville, I, n. 359; Beudant, I, n. 340; Fuzier-Herman, art. 225, n. 22. — Req. rej., 29 prair. an XII et 26 août 1808, S. chr., II. 1. 573. — Civ. cass., 11 août 1840, S., 40. 1. 858, D., 40. 1. 274. — Paris, 22 fév. 1870, D., 71. 2. 164. — Paris, 4 déc. 1875, D., 76. 2. 209. — C. d'Etat, 12 mars 1880, S., 81. 3. 64, D., 80. 3. 115. — Req. rej., 21 avril 1880, S., 81. 1. 75, D., 80. 1. 430. — Crim. rej., 3 juin 1880, S., 81. 1. 331. — C. d'Etat, 3 juin 1892, S., 94. 3. 53, D., 93. 5. 56. — Civ. cass., 6 avril 1898, D., 98. 1. 305. — Civ. cass., 4 nov. 1901, S., 1903. 1. 273, D., 1902. 1. 185. — *Contra :* Delvincourt, I, p. 79, note 8. — Cpr. Civ. cass., 15 déc. 1847, S., 49. 1. 293, D., 48. 5. 18.

serait par trop inique d'obliger celui-ci à plaider contre un adversaire qui pourrait se soustraire aux conséquences des condamnations prononcées contre lui, en droit le défendeur n'use nullement de la faculté réservée à la femme, lorsqu'il exige la régularisation de l'instance. Il se borne, par là, à prendre, comme tout autre plaideur, ses précautions pour que cette instance soit sérieuse et qu'on ne puisse pas en contester le résultat. Le tribunal doit donc, à sa requête, ou refuser de donner audience à la femme, ou lui impartir un délai à l'expiration duquel elle devra être déclarée non recevable, faute d'autorisation, ou même enfin ordonner la mise en cause du mari, sur les conclusions du défendeur qui, à un sursis, préfère faire vider le litige (1).

2356. A quelque moment qu'elle intervienne, l'autorisation donnée à la femme couvre les vices de la procédure antérieure, pourvu que celle-ci ne soit pas déjà arrivée à son terme. Spécialement, il est de jurisprudence que cette autorisation peut utilement intervenir jusqu'au jugement du pourvoi en cassation, et même après l'arrêt d'admission (2).

2357. Mais, si la femme est ainsi admise à réparer jusqu'au dernier moment les vices de la procédure, la même faculté n'appartient point à la partie qui l'a assignée ou a interjeté appel, sans mettre en cause le mari aux fins d'autorisation : la nullité de l'assignation ou de l'appel ne saurait être ensuite couverte, même avant que la défenderesse s'en fût prévalue, du moins après l'expiration des délais qui sont

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 165, n. 116; Demolombe, IV, n. 351; Demante, *loc. cit.;* Duranton, II, n. 464; Huc, *loc. cit.;* Surville, *loc. cit.;* Beudant, *loc. cit.;* Fuzier-Herman, art. 215, n. 78 s.; art. 225, n. 6 s. — Civ. cass., 17 janv. 1838, S., 38. 1. 638, D., 38. 1. 282. — Civ. cass., 11 août 1840, précité. — Bordeaux, 11 août 1851, S., 51. 2. 757, D., 52. 2. 63. — Paris, 22 fév. 1870 et 4 déc. 1875, précités. — Req. rej., 6 mars 1878, D., 78. 1. 316. — Paris, 20 janv. 1886, *Gaz. Pal.*, 86, p. 772. — Civ. cass , 4 nov. 1901, précité. — Cpr. Laurent, III, n. 156. — Civ. cass., 5 août 1840, S., 40. 1. 768, D., 40. 1. 291.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 165, n. 117; Laurent, III, n. 103; Huc, II, n. 243 et 258. — Req. rej., 17 déc. 1834, S., 35. 1. 543, D., 35. 1. 83. — Civ. rej., 27 mai 1846, S., 46. 1. 747. — Civ. cass., 20 janv. 1868, S., 68. 1. 8, D., 68. 1. 128. — Civ. cass., 19 mai 1886, S., 87. 1. 113. — Trib. corr. Chambéry, 6 nov. 1886, *La Loi*, 20 nov. — Cpr. Chardon, *op. cit.*, n. 122; Fuzier-Herman, art. 215, n. 54, n. 72 et n. 90, et art. 218, n. 16 et 78. — Civ. cass., 15 juin 1842, S., 42. 1. 838, D., 42. 1. 361.

accordés à cette partie pour former valablement l'acte auquel elle a procédé. Ainsi le décident presque unanimement la doctrine et la jurisprudence (1). L'autorité de Pothier ne saurait, il est vrai, être invoquée en ce sens, comme elle l'est habituellement, car, s'il admet qu'une demande ainsi formée est nulle, il traite de même l'exploit donné à la requête de la femme seule (2), de telle sorte que ses deux solutions sont étroitement unies par le lien de la logique. Au contraire, ne semble-t-il point, aujourd'hui, à la fois illogique et injuste que le demandeur qui a irrégulièrement engagé l'instance soit dans une moins bonne situation que la femme qui en aurait fait autant? Cette inégalité paraît, toutefois, imposée par les principes : elle résulte bien, semble-t-il, de ce que, si la femme doit pouvoir effacer un vice dont la partie adverse ne peut se prévaloir autrement que pour retarder le débat, cette dernière ne saurait enlever à la défenderesse la faculté d'invoquer une irrégularité qui rendait son action non recevable, dans les termes où elle était introduite.

2358. Ainsi privées du droit de faire valoir la nullité de l'acte auquel elles ont participé, on peut se demander si les personnes avec qui la femme s'est trouvée en rapports, ne peuvent point, tout au moins, prendre certaines garanties, lors de l'exécution de cet acte, pour réserver leurs droits, ou même la mettre en demeure d'opter entre la nullité ou la validité de celui-ci. Mais cette question, qui se pose d'une façon générale sur l'art. 1304, ne doit pas être examinée à cette place.

2359. Si on recherche maintenant les conditions dans lesquelles les personnes admises à se prévaloir du défaut d'autorisation ont le moyen de le faire, on doit distinguer entre les actes extrajudiciaires et les actes ou décisions judiciaires.

C'est par la voie d'une action en nullité, ou tout au moins d'une exception de cette nature, qu'elles sont admises à faire

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Autor. mar.*, sect. III, § 4; Beudant, I, n. 341; Fuzier-Herman, art. 225, n. 9 s. — Civ. cass., 7 août 1815, S., 15. 1. 346, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 789. — Civ. cass., 15 mars 1837, S., 37. 1. 340, D., 37. 1. 283. — Req. rej., 5 mai 1858, S., 59. 1. 41, D., 58. 1. 286. — Civ. cass., 29 avril 1862, S., 62. 1. 701, D., 62. 1. 214. — Poitiers, 16 fév. 1881, S., 81. 2. 183, D., 81. 2. 136. — *Contra* : Paris, 13 août 1823, S., 25. 2. 111. — Cpr. Demolombe, IV, n. 352.

(2) *Op. cit.*, n. 55.

valoir ce moyen, suivant que l'acte extrajudiciaire nul est déjà exécuté ou qu'on leur en réclame l'exécution. C'est également la première voie qui doit être employée lorsque, prenant les devants, elles ne veulent même pas attendre que cette exécution leur soit demandée.

2360. Mais est-ce à elles qu'il incombe de prouver le défaut d'autorisation, ou, au contraire, à ceux qui concluent à la validité de l'acte, qu'il appartient d'établir l'existence de cette autorisation ? La question doit être certainement tranchée dans le dernier sens (1). La femme mariée étant, de droit commun, incapable, soutenir qu'un de ses actes est valable, c'est prétendre qu'elle a été habilitée à l'accomplir, et, par suite, c'est réellement du défendeur qu'émane l'affirmation positive dont la preuve doit être rapportée. La preuve des demandeurs est faite, par cela seul qu'ils se fondent sur l'incapacité de la femme. Et comment, au surplus, serait-il en leur pouvoir d'établir qu'elle n'a point été vraiment autorisée? Produire le titre qui ne mentionnerait pas qu'elle l'a été serait tout à fait insuffisant, puisqu'elle aurait pu recevoir cette permission en dehors de ce titre.

2361. La personne qui attaque l'acte ne doit-elle pas, tout au moins, démontrer qu'il lèse les intérêts dont la protection est confiée à l'autorité maritale? La négative est absolument certaine (2) : la nullité est de droit et s'impose au juge, comme celle des actes de l'interdit judiciaire, par cela seul que la femme n'a point été autorisée. L'existence de cette lésion est présumée, si l'on veut, dès que le pouvoir investi de cette autorité n'a point donné son approbation à l'acte dont l'annulation est requise. Ou, ce qui semble plus exact, la méconnaissance des attributions de cette autorité a paru, par elle-même, assez grave au législateur pour compromettre le sort de ce qui a été fait en dehors d'elle.

2362. La nullité de l'acte extrajudiciaire est, au surplus,

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 162, n. 101; Demolombe, IV, n. 336; Toullier, II, n. 646; Fouquet, *Encycl. du dr.*, v° *cit.*, n. 70; Fuzier-Herman, art. 217, n. 116. — Paris, 2 janv. 1808, S., 7. 2. 791, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 938. — Cpr. Planiol, I, n. 987. — *Contra :* Req. rej., 16 nov. 1886, S., 87. 1. 56.

(2) Laurent, III, n. 157 et 159; Planiol, I, n. 987.

proposable en tout état de cause, puisqu'il s'agit d'un moyen tiré du fond. Elle peut donc être invoquée, pour la première fois, devant la juridiction d'appel (1).

Mais elle ne saurait l'être pour la première fois devant la cour de cassation (2). Le motif en est qu'on ne saurait attaquer devant cette cour, pour violation de la loi, une décision qui n'a pu prononcer une annulation à laquelle il n'avait pas été conclu devant le juge du fait.

2363. Effectivement la nullité d'un acte extrajudiciaire ne peut pas être déclarée d'office par le juge, puisqu'elle n'est que relative (3). Elle aurait dû être absolue, s'il avait été dans le vœu de la loi qu'elle fût toujours prononcée, car il eût été contradictoire de réserver, comme on l'a fait, le droit de s'en prévaloir à certaines personnes, pour obliger ensuite le juge à suppléer à leur silence, dans le cas où elles croiraient ne pas devoir user de ce droit.

2364. Quant à l'irrégularité résultant de ce que la femme n'a point été autorisée à ester en justice, on ne saurait certainement la faire valoir, sinon pour les assignations (4), du moins quant aux décisions judiciaires, par la voie d'une action en nullité proprement dite, à raison de la règle traditionnelle : « voies de nullité n'ont lieu en France contre les jugements » (5).

Mais les décisions rendues contre elle, dans ces conditions, peuvent être naturellement attaquées de ce chef, à l'aide des voies ordinaires de recours ou par un pourvoi en cassation, et dans les délais accordés à cet effet (6). Si elles sont assuré-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 163. — Bordeaux, 1er mars 1826, S., 26. 2. 237, D., 26. 2. 145. — Chambéry, 9 janv. 1884, D., 85. 2. 279.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 163, n. 108; Fuzier-Herman, art. 225, n. 67 s. — Req. rej., 4 avril 1853, S., 53. 1. 480. D., 53. 1. 112. — Req. rej., 4 août 1856, S., 58. 1. 684, D., 56. 1. 319. — Req. rej., 17 nov. 1875, D., 78. 1. 483.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Autor. marit.*, sect. III, § 4; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 163, n. 109.

(5) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 164, n. 111; Demolombe, IV, n. 354; Demante, I, n. 308 *bis*, IV; Planiol, I, n. 993; Surville, I, n. 359; Beudant, I, n. 339. — Civ. cass., 7 oct. 1812, S., 13. 1. 82, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 955.

(6) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 164, n. 110, et p. 168, n. 125; Demolombe, IV, n. 354; Demante, *loc. cit.*; Huc, II, n. 256; Planiol, *loc. cit.*; Surville, *loc. cit.*;

ment susceptibles de passer en force de chose jugée, au même titre que toutes les autres, puisqu'il n'a été fait aucune exception au droit commun en ce qui les concerne (1), du moins peuvent-elles être attaquées aussi de la même façon.

2365. On admet même communément que le moyen tiré du défaut d'autorisation peut être proposé, pour la première fois, devant la cour suprême, parce que, dit-on, l'irrégularité qui en résulte fait que « le jugement rendu... constitue par lui-même une violation directe de l'art. 215 », qui doit entraîner sa cassation (2). Cette solution est, toutefois, susceptible des plus sérieuses objections. Il semble d'abord que la décision ait été bien rendue, au contraire, lorsque ce moyen n'a pas été invoqué devant les juges dont elle émane. Puis cette solution paraît impliquer qu'il appartient aux juges de soulever eux-mêmes ce moyen et de prononcer d'office la nullité de la procédure. Et c'est très logiquement, à notre avis, qu'un jugement récent (3) en a ainsi décidé : comment le tribunal serait-il, en effet, condamné, par le silence d'une partie, à prononcer une sentence qu'il dépendrait d'elle ensuite de faire casser? Mais, d'autre part, on s'explique que ce jugement n'ait pu faire jurisprudence : car le propre des nullités relatives n'est-il pas de ne pouvoir être invoquées que par les intéressés auxquels la loi en a conféré le droit? Vainement objecte-t-on que cette nullité est d'ordre public : ce caractère,

Beudant, I, n. 340; Vazeille, II, n. 379; Fuzier-Herman, art. 225, n. 59. — Civ. cass., 7 oct. 1812, précité. — Civ. cass., 15 juin 1842, S., 42. 1. 838, D., 42. 1. 361.

(1) Cpr. Civ. rej., 13 janv. 1903, S., 1903. 1. 497, note de M. Tissier, D., 1903. 1. 48. — *Contra :* Duranton, II, n. 468; Delvincourt, I, p. 79, note 8.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, IV, n. 354; Huc, II, n. 243 et n. 277; Planiol, I, n. 993; Surville, I. p. 211, note 1; Beudant, *loc. cit.* — Civ. cass., 9 mai 1865, S., 65. 1. 452, D., 65. 1. 268. — Civ. cass., 18 juin 1866, S., 67. 1. 8, D., 67. 1. 176. — Civ. cass., 20 janv. 1868, S., 68. 1. 8, D., 68. 1. 128. — Civ. cass., 31 juill. 1878, S., 80. 1. 359, D., 78. 1. 381. — Civ. cass., 21 fév. 1888, S., 88. 1. 104, D., 88. 1. 214. — Civ. cass., 16 juillet 1889, S., 89. 1. 423, D., 90. 1. 377. — Civ. cass., 1er mai 1894, S., 94. 1. 237, D., 94. 1. 248. — Civ. cass., 5 nov. 1895, S., 96. 1. 180, D., 95. 1. 535. — Civ. cass., 9 mars 1896, S., 96. 1. 368, D., 96. 1. 152. — Besançon, 8 mars 1899, S., 99. 2. 174, D., 99. 2. 269. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 225, n. 60 s.

(3) Trib. Seine, 12 avril 1893, D., 93. 2. 469. — *Contra :* Civ. cass., 6 avril 1898, D., 98. 1. 305.

qu'elle partage, d'ailleurs, avec les autres de la même espèce, ne saurait faire que les intéressés ne soient pas maîtres de s'en prévaloir à leur fantaisie ou suivant leur avantage. C'est donc que la solution qui a conduit à cette déduction logique est fausse. Enfin, n'est-il pas singulier qu'un même moyen tiré du fond, et qui ne touche pas à la procédure, puisse être proposé plus ou moins tard, suivant qu'il s'agit de la régularité d'une instance ou de la validité d'un acte extrajudiciaire?

Il est certain, au reste, que l'irrégularité de la procédure de première instance ne peut point être proposée comme un moyen de cassation, après que la femme, dûment autorisée, ne l'a pas fait valoir en appel (1). Elle serait couverte définitivement par les conclusions qui auraient été prises au fond dans cette dernière instance.

2366. La voie de la tierce opposition est, d'autre part, ouverte au mari et à ses ayant-cause contre la décision qui préjudicie à la femme non autorisée, et lors de laquelle ils n'ont été ni représentés, ni appelés (art. 474 C. pr.) (2).

Mais on ne saurait, au contraire, selon nous, employer la voie de la requête civile contre cette décision (3). Nous estimons, en effet, que l'art. 480-2° C. pr., qui autorise ce mode de rétractation lorsque « les formes prescrites à peine de nullité ont été violées, soit avant, soit lors des jugements », ne vise que la violation des formes de procédure proprement dites, et qu'il reste inapplicable aux irrégularités procédant de l'incapacité des parties.

2367. Fondée sur un simple intérêt privé et purement relative, la nullité résultant du défaut d'autorisation doit

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Huc, *loc. cit.* — Req. rej., 29 juin 1842, S., 42. 1. 975, D , 42. 1. 262.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Autor. mar.*, sect. III, § 4, et sect. VII, n. 18 *bis;* Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 164, n. 113; Demolombe, IV, n. 356; Demante, I, n. 308 *bis*, IV; Duranton, II, n. 456; Huc, II, n. 277; Planiol, I, n. 993; Beudant, I, n. 341; Fuzier-Herman, art. 215, n. 11. — Montpellier, 27 avril 1831, S., 32. 2. 77, D., 32. 2. 23. — Req. rej., 28 mars 1888, S., 91. 1. 294, D., 88. 1. 361 et note. — Cpr. Paris, 27 avril 1891, D., 92. 2. 135.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 164, n. 112. — *Contra :* Demolombe, IV, n. 355; Duranton, II, n. 468; Planiol, I, n. 993; Vazeille, II, n. 379. — Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Autor. mar.*, sect. III, § 4.

être susceptible de se couvrir par une renonciation au droit de s'en prévaloir, émanée de ceux auxquels ce droit appartient.

2368. Cette confirmation de l'acte annulable peut être, d'abord, l'œuvre des deux époux. Elle doit même être considérée comme telle, lorsque la femme ratifie avec l'autorisation de son mari, sans que celui-ci réserve son droit personnel, auquel cas il s'associe évidemment à cette ratification (1). L'acte confirmé devient alors inattaquable, même de la part des créanciers de l'un ou de l'autre des époux, car ils ne sauraient avoir plus de droits que leur débiteur. Mais il en serait différemment, si la confirmation n'intervenait qu'après que les créanciers ont intenté l'action en nullité du chef de celui-ci, ou si elle avait été faite en fraude de leurs droits. Au premier cas, elle resterait impuissante à les dépouiller d'une faculté qu'ils ont déjà exercée; au second, c'est cette confirmation même qui leur ouvrirait une faculté nouvelle, celle de la faire révoquer et tenir comme non avenue (2).

2369. Cette confirmation peut n'avoir été donnée, au contraire, que par le mari seul : couvre-t-elle alors la nullité à l'égard de tous, même à l'égard de la femme, si du moins elle ne s'en est point encore prévalue et que cette ratification intervienne pendant le mariage? Cette question divise encore aujourd'hui la doctrine, mais nous inclinons à la décider, avec la jurisprudence et avec un grand nombre d'auteurs, dans le sens de la négative (3). Le véritable motif de décision,

(1) Cpr. Req. rej., 19 mars 1877, D., 79. 1. 455. — Req. rej., 25 mai 1886, S., 87. 1. 268, D., 87. 1. 379.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 167, n. 122; Laurent, III, n. 165. — Req. rej., 17 août 1853, S., 55. 1. 811, D., 54. 1. 388. — Civ. rej., 29 juill. 1902, D., 1903. 2. 383. — Cpr. Req. rej., 8 mars 1854, S., 54. 1. 684.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Autor. mar.*, sect. VI, § 3, n. 2 et § 4; Demolombe, IV, n. 211; Toullier, II, n. 648; Duranton, II, n. 518; Valette sur Proudhon, I, p. 467, note *b*; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 373, note 3; Huc, II, n. 253; Planiol, I, n. 992; Beudant, I, n. 338; Allemand, II, n. 987; Chardon, *Puiss. marit.*, n. 145; Fuzier-Herman, art. 217, n. 111 s., et art. 225, n. 85 s. — Req. rej., 12 fév. 1828, S., 28. 1. 356, D., 28. 1. 127. — Civ. cass., 26 juin 1839, S., 39. 1. 878, D., 39. 1. 249. — Paris, 12 mai 1859, S., 59. 2. 561. — Orléans, 6 juin 1868, S., 69. 2. 231, D., 68. 2. 194. — Douai, 10 déc. 1872, S., 73. 2. 139, D., 73. 2. 92. — Paris, 14 nov. 1887, D., 88. 2. 225. — *Contrà* : Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 165, n. 118-120; Demante, I, n. 300 *bis*, VIII; Proudhon, I, p. 467; Delvincourt, I, p. 79, note 11; Marcadé, I, art. 225-I, n. 749 et 750; Taulier, I, p. 350; Laurent, III, n. 166;

et il est assez sérieux pour qu'on puisse s'y tenir, c'est que le défaut d'autorisation donne naissance à deux actions distinctes, dont une seule appartient au mari, de telle sorte que sa renonciation au droit de l'exercer ne saurait avoir aucune influence sur le sort de la seconde, qui appartient à la femme. Pour que sa ratification pût dépouiller cette dernière d'une faculté qui lui est propre, quelle que soit sa source, il faudrait que le droit du mari eût été considéré comme absorbant celui de son épouse. Mais la disposition de l'art. 225 les place exactement sur la même ligne, et n'établit explicitement aucune relation, autre que celle de leur commune origine, entre les deux actions qui dérivent d'une même irrégularité. En l'absence d'un texte formel qui subordonne l'une à l'autre, la conclusion qui s'impose est que chacun des conjoints ne peut éteindre, par son fait, que celle qu'il possède. Tous les efforts des partisans de l'opinion opposée sont venus se briser contre cette application des principes. Mais il s'en faut, du reste, que tous leurs arguments aient la même valeur.

2370. C'est ainsi, en premier lieu, qu'ils paraissent avoir bien à tort invoqué l'autorité de l'ancien droit. Leur doctrine, ont-ils dit, admise sans difficulté dans les pays dont les coutumes se contentaient du « consentement » du mari, avait même fini par passer en jurisprudence dans ceux où l'autorisation expresse était requise comme une véritable solennité (1). Comment cesserait-elle d'être vraie sous l'empire du Code civil, qui n'a nullement fait de l'autorisation un acte solennel ? — Mais, d'abord, Pothier ne semble guère convaincu par les décisions qu'il rapporte, d'après Leprêtre (2) : la femme se fût-elle dite d'avance autorisée de son mari dans le contrat, qu'il n'en constate pas moins que « cet acte ayant été absolument nul, faute d'autorisation, n'a pu être confirmé par l'autorisation qui est survenue depuis..... C'est pourquoi il semblerait, à

Vazeille, II, n. 381 ; Cubain, *op. cit.*, n. 135. — Riom, 23 janv. 1802, S. chr., III. 2. 11. — Colmar, 28 nov. 1816, S., 17. 2. 145, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 839. — Dijon, 1er août 1818, S. chr., V. 2. 409. — Cass. Rome, 21 mars 1900, S., 1901. 4. 7. — Cpr. Dijon, 19 fév. 1862, S., 63. 2. 38.

(1) Charondas, *Coul. de Paris*, art. 223; Lebrun, *De la comm.*, liv. II, ch. I, sect. V, n. 5-9; Pothier, *op. cit.*, n. 74.

(2) Cent. II, ch. XVI.

s'en tenir à la rigueur des principes, que l'autorisation qui interviendrait depuis, devrait être de nul effet ». Ensuite, même dans la théorie des anciens arrêts, cette autorisation ultérieure ne produisait point les effets d'une confirmation proprement dite, puisque l'acte ne devenait valable que du jour où elle intervenait, *ut ex nunc*, et non du jour de la confection de cet acte, *ut ex tunc*. Comment donc ces tempéraments aux principes prêteraient-ils un appui à la doctrine moderne qui reconnaît à l'assentiment postérieur du mari les caractères et les effets rétroactifs d'une ratification véritable (1)? Au demeurant, ces tempéraments étaient plus facilement admissibles dans une législation qui, faisant de la femme l'inférieure du mari, n'était peut-être que logique en donnant à celui-ci la faculté d'effacer complètement les conséquences d'un manquement à l'autorité dont il était investi, que dans la nôtre, où l'épouse, participant aux intérêts sur lesquels la puissance maritale veille, doit conserver intact le droit de se prévaloir de ce que ces intérêts n'ont pas été effectivement protégés. Encore faut-il remarquer que, même dans notre ancien droit, c'était seulement dans la supposition que la femme avait persévéré dans sa volonté, que cette volonté pouvait être ainsi complétée par celle du mari. En effet, ajoutait Pothier, « si, avant l'autorisation, l'une ou l'autre des parties était morte ou avait perdu l'usage de la raison, ou avait déclaré un changement de volonté, l'autorisation du mari, qui serait depuis interposée, ne pourrait plus rétablir l'acte ». Or, comme le silence de la femme est, rationnellement, tout aussi susceptible d'être interprété en sens opposé, c'est un nouveau motif pour repousser aujourd'hui cette dérogation aux principes.

2371. Plus inutilement encore s'est-on fondé sur les travaux préparatoires : n'en a-t-on point tiré argument en faveur des deux opinions, et comment alors les considérer comme décisifs? Ils sont, au vrai, fort peu probants (2). Un seul fait est certain : c'est que l'art. 217 du projet du code contenait

(1) Cf. Laurent, III, n. 168.
(2) Locré, *Lég.*, IV, p. 394, art. 4; p. 397 s., n. 34-36; p. 431, art. 54.

un deuxième alinéa ainsi conçu : « le consentement du mari, quoique postérieur à l'acte, suffit pour le valider », et que cet alinéa a disparu de la rédaction définitive. Or, tandis que les uns s'autorisent de cette suppression pour établir que la ratification du mari est insuffisante à assurer la validité de l'acte *erga omnes*, les autres l'expliquent de manière à montrer qu'elle ne prouve rien contre leur système.

Proposé par la section de législation, admis sans opposition par l'assemblée du conseil d'Etat, ce ne fut point, disent ces derniers, pour modifier cet alinéa, mais bien le précédent, comme le demandait Régnault de Saint-Jean d'Angély, que l'art. 217 fut renvoyé à la section. Pourquoi le second disparut-il, cependant, du nouveau texte qui fut soumis au conseil d'Etat? Rien ne permet d'affirmer que ce fut à la suite d'un revirement d'opinion, et même cette supposition semble contredite par le changement qu'on fit subir au premier paragraphe. Car, prétend-on, si on intervertit finalement l'ordre dans lequel on avait parlé, à l'origine, du concours du mari à l'acte et de son consentement par écrit, et si les derniers termes de la disposition furent consacrés à celui-ci, ce fut pour bien marquer que l'autorisation expresse ne devait pas être, comme l'autre, nécessairement concomitante à l'acte, mais qu'elle était susceptible au contraire d'intervenir postérieurement. Il est donc plus naturel de penser, conclut-on, que le deuxième alinéa ne fut supprimé lui-même que, d'une part, « comme dangereux à raison de l'excessive généralité de la règle qu'il énonçait, et, d'autre part, comme inutile, en présence des principes généraux sur la confirmation ».

Il serait oiseux de s'attarder à une discussion où l'on tire des déductions si différentes d'un fait unique. Le seul positif, après tout, c'est la suppression du texte qui admettait, dans la loi, la possibilité d'une autorisation ultérieure. Or il paraît prudent de s'en tenir à cette simple constatation, au lieu de supposer, comme on le fait, que le législateur a jugé superflu de formuler que la ratification du mari était opposable à la femme, alors qu'une pareille proposition était naturellement si contestable. Mais il y a peut-être une autre réponse encore à faire à toutes ces hypothèses, et, chose singulière, c'est

M. Laurent qui l'a faite aux partisans de sa propre opinion. « La disposition du projet, écrit-il, ne concernait pas la confirmation; elle posait comme principe que l'autorisation pouvait se donner postérieurement à l'acte. C'est ce principe qui a été rejeté; quant à la confirmation, il n'en était pas question dans le projet; on ne peut donc pas dire que le conseil l'ait repoussée. » Et de fait, on pourrait très bien soutenir que le projet se proposait uniquement de résoudre la difficulté différente qui était agitée dans notre ancienne jurisprudence, et de déclarer valable l'autorisation qui interviendrait après coup, mais à une époque où la femme persisterait encore dans la volonté qu'elle avait en accomplissant l'acte dont le sort était resté incertain. Qui nous dit, en d'autres termes, que, sans songer aux effets d'une confirmation proprement dite émanant du mari, on n'a pas supprimé la disposition du deuxième alinéa, dont l'objet était tout autre, parce qu'elle était très peu conforme à la nature de l'habilitation? Cette habilitation devant naturellement se réaliser au plus tard au moment de l'opération, on aurait ainsi décidé que, au lieu de valider l'acte de la femme *ex post facto*, et par des procédés irréguliers, l'assentiment tardif du mari, les deux époux qui s'entendraient à cet égard devraient le faire au moyen d'une véritable ratification, qui produirait très logiquement un effet rétroactif. Après tout, cette explication du silence de la loi vaut les autres, et elle a sur elles l'avantage de se rattacher aux précédents historiques.

2372. Nous ne sommes pas touchés davantage par l'argument qu'on va chercher dans l'art. 183. Si la confirmation de la famille couvre la nullité du mariage qui procède de son défaut de consentement, même vis-à-vis de l'époux qui s'était affranchi de son autorité, il ne faut voir dans cette décision qu'une exception qui s'explique par la faveur due au maintien de l'union légitime. Il n'y a donc rien à en conclure en ce qui concerne des annulations qui ne sont point de nature, comme celle du mariage, à troubler l'ordre public par leurs conséquences.

Allèguera-t-on, avec M. Laurent, que, « dès que le consentement du mari intervient, la femme cesse d'être incapable, et

qu'elle ne peut donc plus invoquer son incapacité pour agir en nullité »? Mais c'est oublier que ce consentement n'est donné qu'après coup, c'est-à-dire après qu'elle a fait un acte nul à défaut d'autorisation, et de la nullité duquel elle a le droit personnel de se prévaloir. — Se demandera-t-on, après MM. Aubry et Rau, « pourquoi, en définitive, le mari ne pourrait pas couvrir, par sa confirmation, une nullité qui n'est fondée que sur un défaut de consentement de sa part »? Il faut répondre que c'est parce qu'il est hors de son pouvoir d'éteindre une action qui ne lui appartient pas, quoique ce soit l'absence de son autorisation qui l'ait fait naître. Et vainement les éminents auteurs répliquent-ils que « cette objection aurait peut-être quelque poids si l'autorisation était requise dans l'intérêt individuel de la femme ». Car, d'une part, peu importe dans l'intérêt de qui elle est requise, du moment que cette exigence a reçu une sanction qui peut être invoquée aussi bien par la femme que par le mari. D'autre part, s'il est vrai qu'elle n'ait point été requise dans l'intérêt exclusif de celle-ci, tout au moins l'a-t-elle été en faveur d'intérêts qui sont aussi les siens, puisqu'ils sont ceux de la famille. Et cette participation explique et justifie que le mari ne puisse pas, par un acte unilatéral de sa volonté, ravir à la femme les moyens de les défendre avec les armes que la loi lui a données, lorsqu'elle juge qu'elle y a avantage. La force des principes, en droit comme en raison, demeurant entière, la confirmation du mari ne peut donc avoir de prise que sur sa propre action en nullité.

2373. On s'accorde du reste à reconnaître, à quelque opinion qu'on se rallie dans la controverse précédente, que cette confirmation resterait inopérante à l'égard de la femme dans deux cas : 1° si elle n'avait lieu qu'après le mariage ou la séparation de corps, puisque, avec la puissance maritale, aurait disparu le pouvoir du mari d'autoriser, et partant aussi de ratifier; 2° si elle ne s'accomplissait qu'après que la femme a déjà agi elle-même, car la recevabilité d'une action reste indépendante des événements postérieurs à son introduction (1).

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 166 et 167, n. 119 et 120; Proudhon, *loc. cit.*; Marcadé, *loc. cit.*; Laurent, III, n. 167 et 169.

2374. Quant à la confirmation de la femme, on ne peut pas douter non plus qu'elle ne porte aucune atteinte au droit du mari, lorsqu'elle survient après la dissolution du mariage ou la séparation de corps (1) : les intérêts pécuniaires de celui-ci, au nom desquels seuls il peut désormais agir, ne sauraient être évidemment compromis par une autre volonté que la sienne.

2375. Ce même motif oblige, à notre sens, à décider qu'il ne peut pas non plus se voir opposer la ratification qu'a faite la femme, durant le mariage, avec la permission du juge (2). Sans doute, quoi que semblent dire certains auteurs, cette ratification est-elle valable : on ne verrait point, en effet, pourquoi la femme ne pourrait point être autorisée, au refus du mari, à valider un acte qu'elle aurait pu faire, dès le début, pleinement valable, avec la seule autorisation de justice. Mais il ne faut pas non plus conclure de cette possibilité, comme on l'a fait, à la faculté qu'elle aurait d'enlever ainsi au mari sa propre action en nullité, à l'aide d'une ratification à laquelle il n'a point participé et s'est peut être même formellement opposé. Le droit personnel du mari ne saurait aucunement souffrir des conséquences d'un acte auquel il est resté étranger, pas plus qu'il ne peut lui-même, à notre sens, porter atteinte par son fait au droit propre de la femme. Toutes les objections qui ont été élevées contre cette simple application des principes se heurtent à des principes certains. Vainement dit-on, par exemple, que cette doctrine aboutit à d'inutiles complications, puisque, si la femme ne peut pas assurer définitivement, par sa confirmation et avec le seul assentiment du juge, le sort d'un de ses actes, rien ne l'empêche de le recommencer complètement avec l'autorisation préalable de celui-ci, et par conséquent de lui donner, même à l'égard de son conjoint, une absolue validité. En effet, de ce qu'un acte, effectué dans certaines conditions, puisse être opposé à des

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 167, n. 121 ; Marcadé, *loc. cit.*, n. 750 ; Laurent, III, n. 165 ; Beudant, I, n. 338.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Marcadé, *loc. cit.* ; Beudant, *loc. cit.* ; Fouquet, *Encycl. jur.*, v° *cit.*, n. 105. — Cpr. Demolombe, IV, n. 271 et 272. — Toulouse, 18 août 1827, S., 29. 2. 237, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 912.

personnes qui, sans leur accomplissement, auraient été admises à se prévaloir de sa nullité, on ne doit pas déduire que lorsque, faute de la réunion de ces conditions, cette nullité a été encourue, elles puissent être privées, sans leur fait et contrairement à leur volonté, du droit qu'elles avaient de la faire valoir. Et quant à l'intérêt que pourrait présenter pour la femme une confirmation qui serait opposable à tous, il ne saurait faire oublier les exigences d'une autorité qui doit être respectée tant qu'elle existe. Or elle a d'autant plus de chances de l'être, que les tiers disposés à entrer en rapport avec une femme non autorisée restent plus longtemps menacés par l'exercice éventuel d'une action à laquelle le titulaire, le mari, peut seul renoncer, en ce qui le concerne.

2376. La nullité procédant du défaut d'autorisation peut d'ailleurs être couverte, qu'il s'agisse du mari ou de la femme, soit par une confirmation expresse, résultant d'une déclaration formelle de volonté, soit par une confirmation simplement tacite (1) : telle est celle qui résulte de l'exécution volontaire de l'acte annulable. Mais il est nécessaire que cette exécution, quand elle émane de la femme, ne soit point entachée du même vice que l'acte qu'elle a pour objet de confirmer. Il ne faudrait donc point considérer comme telle celle à laquelle elle procèderait sans autorisation, à une époque où elle est encore en état d'incapacité (2).

2377. Enfin cette nullité est susceptible de se couvrir, quant aux actes extrajudiciaires, par la prescription de dix ans, organisée par l'art. **1304** (3), dans des conditions qui ne doivent pas être étudiées à cette place. Et en ce qui concerne les jugements rendus contre la femme non autorisée, il n'est plus permis d'invoquer leur irrégularité, lorsqu'ils ne sont plus susceptibles d'aucune voie de recours, ordinaire ou extraordinaire.

(1) Cpr. Planiol, I, p. 334, note 1; Surville, I, n. 356; Fuzier-Herman, art. 225, n. 76 s. — Paris, 3 août 1872, D., 73. 2. 119. — Besançon, 14 mai 1890, D., 91. 2. 101. — Civ. rej., 8 déc. 1897, S., 98. 1. 342, D., 98. 1. 352.

(2) Surville, I, n. 356. — Alger, 27 juin 1855, S., 56. 2. 161, D., 56. 2. 275. — Caen, 15 juin 1877, S., 77. 2. 293, D., 78. 2. 171. — Req. rej., 25 nov. 1878, D., 79. 1. 415.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 167, n. 123; Planiol, I, n. 990; Surville, I, n. 356.

2378. Mais il se pourrait que, sans qu'à proprement parler la nullité fût couverte, les époux ou l'un d'eux fussent non recevables à l'invoquer, à raison d'un fait qui leur serait imputable.

Tel est d'abord le cas, déjà connu (1), où ils ont tenu leur mariage secret, et provoqué ainsi l'erreur des tiers qui ont traité avec la femme dans la croyance qu'elle était capable.

2379. Tel est ensuite celui où la femme a employé des manœuvres frauduleuses pour faire croire à sa capacité, en qualité de fille majeure, de veuve, d'épouse divorcée ou séparée de corps. On s'accorde à décider alors, par argument de l'art. 1310, qu'elle n'est plus personnellement recevable à invoquer la nullité de ses actes, à raison du délit civil dont elle s'est rendue coupable, et qu'il en serait de même du mari, s'il s'en était fait le complice (2). On pourrait objecter que, dans la rigueur des principes, l'action en responsabilité qui s'ouvre ainsi au profit des victimes de la fraude, ne fait point obstacle à l'exercice de l'action en nullité qui appartient aux époux. Mais la disposition précitée montre que la loi a entendu, au moins en ce qui concerne les mineurs, s'écarter de cette rigueur logique, et qu'elle a considéré le maintien de l'acte nul comme la réparation la plus adéquate du préjudice causé par les manœuvres dolosives. Or il serait irrationnel de distinguer, sous ce rapport, entre les diverses sortes d'incapacités.

2380. Il en serait autrement si la femme s'était bornée à prendre mensongèrement une qualité de nature à la faire croire capable, sans appuyer ce mensonge de manœuvres positives destinées à lui donner plus de corps, comme la

(1) Cf. *supra*, n. 1847.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 168 et 169, n. 128; Demolombe, IV, n. 328; Duvergier sur Toullier, II, n. 624, note 2; Duranton, II, n. 462, 494 et 495; Laurent, III, n. 161; Huc, II, n. 276; Planiol, I, n. 940; Surville, I, p. 209, note 2. — Grenoble, 21 déc. 1822, S. chr., VII. 2. 142. — Req. rej., 15 juin 1824, S. chr., VII. 1. 477, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 960. — Paris, 27 avril 1891, D., 92. 2. 135 — Civ. rej., 3 juin 1902, S., 1902. 1. 485, D., 1902. 1. 452. — *Contra* : Zachariæ, éd. Massé et Vergé, § 534, p. 244, n. 67; Taulier, I, p. 349; Fuzier-Herman, art. 225, n. 50 Vazeille, II, n. 314. — Paris, 6 nov. 1866, S., 67. 2. 294, D., 67. 2. 92. — Cpr. Toullier, II, n. 624.

présentation d'un faux acte de décès du mari ou d'une fausse expédition d'un jugement de divorce ou de séparation. L'opinion commune est qu'elle continuerait à être admise à se prévaloir de la nullité de ses actes, tout comme le mineur en vertu de l'art. **1307** (1) : « autrement, remarquait déjà Pothier (2), il y aurait une voie ouverte d'éluder la loi qui ne permet pas aux femmes mariées de contracter sans autorisation : on leur ferait prendre la qualité de filles majeures, ou de veuves. » Au surplus, c'est à ceux qui traitent avec une personne à s'assurer de sa capacité, et, s'il est permis de s'écarter des conséquences de ce principe, lorsqu'ils ont été réellement empêchés de la connaître par de véritables manœuvres, il faut s'y tenir lorsqu'ils se sont laissé tromper par une simple déclaration, qu'il leur appartenait de contrôler.

2381. Il est enfin généralement admis que la femme est encore non recevable à demander la nullité de ses actes, lorsqu'elle passait à tort, dans le pays, comme n'étant pas mariée (3).

Cette opinion ne paraît guère discutable, lorsqu'elle a, par son propre fait, contribué à accréditer l'erreur commune, sans toutefois se livrer à des manœuvres positives destinées à la provoquer. Rien que par sa façon de vivre, par les doutes qu'elle a laissé planer sur son véritable état, par les réticences dont elle a été coutumière, elle a pu laisser se répandre la croyance qu'elle était libre de tout lien. Et lors-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 168, n. 127; Demolombe, IV, n. 327; Toullier, II, n. 622; Duranton, II, n. 462 et 495; Laurent, III, n. 160; Huc, II, n. 276; Surville, *loc. cit.*; Vazeille, II, n. 312; Fuzier-Herman, art. 225, n. 28 s., et n. 46 s. — Civ. rej., 28 mai 1823, S., 24. 1. 7, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 955. — Civ. cass., 15 nov. 1836, S., 36. 1. 909, D., 36. 1. 450. — Dijon, 1er juin 1854, S., 54. 2. 504, D., 56. 2. 230. — Civ. cass., 29 avril 1862, S., 62. 1. 701, D., 62. 1. 214. — Besançon, 5 avril 1879, S., 80. 2. 101, D., 80. 2. 6. — Paris, 14 nov. 1887, D., 88. 2. 225. — Req. rej., 7 mai 1889, S., 92. 1. 396. — Civ. rej. (sur ce point), 6 avril 1898, S., 1902. 1. 460, D., 98. 1. 305. — Planiol, *loc. cit.* — *Contra :* Marcadé, I, art. 225-II. n. 751. — Cpr. Req. rej., 24 fév. 1820, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 959. — Req. rej., 28 mars 1888, S., 91. 1. 294, D., 88. 1. 361.

(2) *Op. cit.*, n. 54.

(3) Cpr. Demolombe, IV, n. 332; Toullier, II, n. 623; Duranton, II, n. 495; Laurent, III, n. 161; Vazeille, II, n. 313. — Req. rej., 1er sept. 1808, S., 09. 1. 43, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 962. — Agen, 18 nov. 1822, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 962. — Req. rej., 28 mars 1888, précité.

qu'elle en a profité pour entrer en rapport avec des tiers, elle peut être considérée, sinon comme coupable d'un dol véritable, du moins comme responsable de son fait, de sa négligence, et par là comme devant être privée du droit de se prévaloir envers eux d'une incapacité qu'elle s'est gardée de leur révéler (arg. art. 1310 et 1382). A vrai dire, cette hypothèse se rapproche fort de celle du mariage secret (1).

2382. Mais cette solution est beaucoup plus critiquable au cas où la femme ne saurait être nullement rendue responsable de la fausse opinion qui s'est propagée à son endroit dans le public, et que peut-être elle partageait elle-même : ainsi en serait il, comme le prévoyait Pothier (2), si les circonstances avaient été de nature à lui donner « un juste sujet de croire que son mari était mort ». Ce jurisconsulte motivait déjà cette solution, il est vrai, comme on le fait aujourd'hui, par la maxime « *error communis facit jus* » et « par l'intérêt du commerce de la société civile ». Mais, en définitive, cette maxime n'a été nulle part, dans nos lois, consacrée avec une portée aussi générale, et on s'accorde, au contraire, à reconnaître, en principe, que la bonne foi d'un individu ne lui profite, lors même qu'il n'aurait fait que s'associer à l'erreur de beaucoup d'autres, que dans les cas où ces lois lui ont expressément permis de l'invoquer. Or aucun des textes relatifs à l'incapacité de la femme mariée ne lui a enlevé le droit de s'en prévaloir, même quand cette incapacité a été généralement ignorée du public. Ce droit doit donc lui être maintenu, du moins lorsqu'on ne peut pas lui reprocher d'avoir réellement concouru à la diffusion de cette erreur, et surtout lorsqu'elle l'a commise elle-même, en se fiant, avec tout le monde, aux apparences (3). Telle paraît être au surplus l'opinion de MM. Aubry et Rau, si on en juge par les conditions auxquelles ils déclarent la femme non recevable, puisqu'elle ne l'est, selon eux, que tout autant qu'elle a « induit le public en erreur sur sa véritable position ».

(1) Cpr. Planiol, I, n. 1024.
(2) *Op. cit.*, n. 28 et 54.
(3) Pour le cas d'absence du mari, cf. Planiol, I, n. 991.

CHAPITRE VI

DES CAUSES DE DISSOLUTION DU MARIAGE ET DES SECONDS MARIAGES

2383. Le Titre *Du mariage* se termine par deux chapitres VII et VIII, qui ne comptent chacun qu'un seul article, et qui se bornent, pour l'un, à énumérer les événements qui mettent fin au mariage, et, pour l'autre, à apporter un empêchement temporaire au convol de la femme veuve.

Mais il y aura lieu d'en rapprocher les dispositions des art. 296 et 297, relatives au second mariage de la femme divorcée.

2384. Aux termes de l'art. 227 : « *Le mariage se dissout, — 1° par la mort de l'un des époux; — 2° par le divorce légalement prononcé; — 3° par la condamnation devenue définitive de l'un des époux, à une peine emportant mort civile.* » Mais, de ces trois causes, la dernière a disparu à la suite de l'abolition, par la loi du 31 mai 1854, de la mort civile elle-même (1), et la seconde n'a repris sa place dans notre droit qu'en vertu de la loi du 27 juillet 1884, qui a rétabli le divorce, supprimé par la loi du 8 mai 1816. Actuellement donc le mariage est susceptible de se dissoudre, soit par la mort naturelle de l'un des conjoints, soit par le divorce. On sait déjà que l'absence la plus prolongée de l'un d'eux serait impuissante à produire le même effet (2).

2385. Avec la dissolution du mariage, au reste, ne doit pas être confondue son annulation. En effet, d'une part, les causes de nullité sont antérieures ou au moins concomitantes à la célébration de l'union, alors qu'elle ne peut évidemment se dissoudre que postérieurement à l'accomplissement de cette solennité, c'est-à-dire après que les époux ont été déclarés unis par le mariage. D'autre part, le mariage annulé est censé n'avoir jamais existé et les effets qu'il a produits pro-

(1) Cf. sur cette cause, Aubry et Rau, V, § 473, p. 169, n. 1; Demolombe, I, n. 231; Demante, I, n. 310 *bis*, II.

(2) Cf. tome II, n. 1272 s.

visoirement sont rétroactivement anéantis, sauf les conséquences attachées, le cas échéant, à son caractère putatif, tandis que l'union dissoute conserve naturellement ses effets dans la mesure où ils peuvent encore persister après cette dissolution même (1).

2386. Le mari veuf ou divorcé peut immédiatement se remarier (2) ; la femme ne le peut pas, du moins toujours. Il y a lieu de distinguer, en effet, suivant que le mariage est dissous par la mort ou par le divorce.

1° S'il est dissous par la mort, aux termes de l'art. 228, qui pose, du reste, la règle générale, « *la femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent* ».

La différence dans la situation faite par la loi aux deux époux ne saurait rationnellement se justifier par le mot de Tacite : « *feminis lugere honestum est, viris meminisse.* » Au point de vue des convenances, on aurait pu imposer à l'homme, comme à la femme, l'obligation d'attendre un certain temps avant de convoler à une nouvelle union et de donner ainsi un successeur à son premier conjoint. Mais elles ont paru, en l'état des mœurs, faire un devoir plus particulièrement impérieux à l'épouse d'observer ce délai de viduité, et c'est pour ce premier motif que ce devoir a été, quant à elle, transformé en une véritable obligation juridique. Il l'a été surtout pour une seconde raison, infiniment plus sérieuse que la précédente : c'est qu'il fallait prévenir le danger de la confusion de part, *turbatio sanguinis,* auquel on aurait été exposé s'il avait été permis à une femme de s'engager dans de nouveaux liens avant qu'il fût certain qu'un enfant ne naîtrait pas de l'union dissoute. On ne devait pas souffrir que, pour complaire aux désirs de l'épouse, il pût planer la plus pénible incertitude sur la filiation des enfants qu'elle mettrait au monde, à une époque telle que, étant donné la durée légale de la gestation, ils pourraient être indifféremment considérés comme le fruit de l'ancien ou du nouveau mariage. Aussi bien le code n'a-

(1) Cpr. Planiol, I, n. 1118; Surville, I, n. 197; Beudant, I, n. 362.
(2) Planiol, I, n. 1129.

t-il fait que reproduire, sur ce point, la prohibition de la loi romaine (1), et a-t-elle été sanctionnée, sinon par la nullité du second mariage, car elle ne constitue qu'un empêchement prohibitif (2), du moins par une peine prononcée contre l'officier de l'état civil qui l'enfreindrait sciemment (art. 194 C. pénal) (3).

2387. Ce dernier motif suffirait à montrer que le délai de viduité de dix mois doit être considéré comme équivalent à trois cents jours, car telle est précisément la durée de la gestation la plus longue (art. 312). Mais on peut fortifier cet argument en observant que, d'après le calendrier républicain, qui était en vigueur quand les art. 228 et 296 furent décrétés, la durée de tous les mois était égale à trente jours. Or la substitution du calendrier grégorien au calendrier révolutionnaire ne peut pas avoir eu pour conséquence de modifier la longueur de ce délai. Il ne doit donc pas se compter de quantième à quantième. Du reste, la loi du 13 juillet 1907, en substituant dans l'art. 296 C. civ. le délai de trois cents jours à celui de dix mois dont il parlait auparavant, a établi d'une manière péremptoire que le délai dont il s'agit est bien un délai de trois cents jours, car il n'y aurait aucune raison valable de distinguer entre le cas prévu par cette disposition et celui de l'art. 228 (4).

2388. On pourrait se croire aussi autorisé à inférer du dernier fondement de cet empêchement qu'il cesse lorsque la confusion de part n'est plus à craindre, la femme, par exemple, ayant accouché quelques jours après la dissolution du mariage. Mais, quoique l'autorité d'Ulpien pût être invoquée en ce sens (5), on s'accorde à décider que cet empêchement persiste même alors (6). D'abord le motif de décence subsiste toujours. Puis la prohibition est formulée en termes

(1) L. 11, 1, *De his qui not. infam.*, III, 2.

(2) Cf. *supra*, n. 1861. — Cpr. Planiol. I, n. 1129.

(3) Demolombe, III, n. 122; Demante, I, n. 311; Laurent, II, n. 363; Huc, II, n. 284; Planiol, I, n. 1125 et 1129; Beudant, I, n. 239.

(4) Cpr. Planiol, I, n. 1126; Beudant, *loc. cit.*

(5) L. 11, D., *loc. cit.*

(6) Une proposition de loi a cependant été déposée, qui tend à permettre à la femme de se remarier, en ce cas, avant l'expiration du délai de viduité.

trop absolus pour qu'on puisse y apporter une exception, qui serait de nature à ouvrir la porte à quelques autres, et notamment à celle qu'on fonderait sur ce que l'âge avancé de la femme lui interdit tout espoir de progéniture (1).

2389. 2° Si le mariage est dissous par le divorce, il y a lieu de distinguer, aux termes des nouveaux articles 296 et 297 C. civ., tels qu'ils ont été modifiés par la loi du 13 juillet 1907, suivant que le divorce est directement prononcé entre les époux, sur l'instance en divorce, ou qu'il ne l'est qu'à la suite de la conversion du jugement de séparation de corps en divorce.

Dans le premier cas, « *la femme divorcée,* énonce l'art. » 296, *pourra se remarier aussitôt après la transcription du* » *jugement ou de l'arrêt ayant prononcé le divorce, si toute-* » *fois il s'est écoulé trois cents jours après le premier juge-* » *ment préparatoire, interlocutoire ou au fond, rendu dans la* » *cause* ». La modification qui a été ainsi apportée, en 1907, au texte de l'art. 296, lequel ne permettait à la femme de « se remarier que dix mois après que le divorce sera devenu définitif », a eu pour résultat de préciser nettement la durée du délai, surtout de faire triompher explicitement l'opinion d'après laquelle la dissolution du mariage ne se produit, avec tous ses effets, qu'à compter de la transcription (2), et enfin d'abréger la durée possible du délai de viduité, qui ne partait que du jour de cette dissolution (3).

Désormais, la femme peut se remarier aussitôt après la transcription, mais à la condition cependant, pour éviter toute confusion de part, que trois cents jours au moins se soient écoulés depuis le premier jugement intervenu dans la cause, quelle qu'en soit la nature. Il a paru au législateur de 1907, saisi d'une proposition de loi qui avait pour but d'avan-

(1) Demolombe, III, n. 123; Demante, I, n. 311 *bis*, II; Laurent, III, n. 363; Huc, II, n. 284; Beudant, I, n. 240; Fuzier-Herman, art. 228, n. 1.

(2) Cf. Baudry-Lacantinerie, Chauveau et Chéneaux, *Des personnes*, IV, 3e édit., 1907, n. 215.

(3) Cf., dans le même traité qui vient d'être cité, n. 257 *a*. La 3e édition de cet ouvrage était déjà imprimée lors de la promulgation de la loi de 1907. Il y a donc lieu de substituer les développements ci-dessous à ce qui y est écrit à ce sujet.

cer davantage encore le point de départ du délai, que seul le premier jugement intervenu dans l'instance de divorce pouvait marquer, dans tous les cas, avec précision et sans équivoque, la rupture des époux et la cessation de la cohabitation (1).

2389 *bis*. Dans le second cas, aux termes du nouvel art. 297, « *lorsque le jugement de séparation de corps aura été converti* » *en jugement de divorce, conformément à l'art. 310 du Code* » *civil, la femme divorcée pourra contracter un nouveau* » *mariage aussitôt après la transcription de la décision de* » *conversion* ». La séparation de corps ayant dû être prononcée depuis au moins trois ans, la cessation de la vie commune doit être au moins aussi ancienne, et, par suite, le danger de la confusion de part n'est nullement à redouter. Il était donc absurde d'imposer à la femme un délai de viduité de dix mois, comme on était obligé de le faire avant 1907, à raison de la généralité de la règle ancienne de l'art. 296 (2), sur laquelle celle du nouvel art. 297 constitue une heureuse innovation.

2389 *ter*. Cette restriction à la liberté du mariage ne semblerait pas, à raison de son caractère, pouvoir être étendue au cas où l'union dans laquelle la femme était engagée a été annulée. Et on pourrait croire qu'elle suppose sa dissolution, soit par la mort naturelle, soit jadis par la mort civile (3), soit enfin par le divorce. Mais son objet même a paru commander cette extension à la majorité de la doctrine, et cette opinion nous paraît devoir être suivie (4).

S'il est vrai que la raison de convenance n'existe pas, au même degré, au cas d'une annulation, l'autre, qui est prépondérante, conserve toute sa force, et la confusion de part qui

(1) Cf. Duvergier, *Coll. des lois*, 1907, p. 345 s., sur les travaux préparatoires de la loi du 13 juillet.

(2) Cf. Baudry-Lacantinerie, Chauveau et Chéneaux, *op. cit.*, n. 257 *a*.

(3) Aubry et Rau, V, § 474, p. 171.

(4) Aubry et Rau, V, § 463, p. 82, n. 4; Demolombe, III, n. 124; Toullier, II, n. 663; Duranton, II, n. 676, note 1; Marcadé, I, art. 228-1, n. 756; Planiol, I, n. 1127; Beudant, I, n 239; Pezzani, n. 544, Vazeille, I, n. 102; Glasson, *op. cit.*, n. 163; Fuzier-Herman, art. 228, n. 2. — Trèves, 30 avril 1806, S., 06. 2. 139, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 968. — *Contra* : Laurent, II, n. 364. — Cpr. Demante, I, n. 311 *bis*, I; Huc, II, n. 284.

serait susceptible de résulter d'un mariage précipité ne serait pas moins regrettable, alors, que dans le cas de la dissolution. Effectivement le danger reste exactement pareil lorsque le caractère putatif du mariage annulé assure le bénéfice de la légitimité aux enfants qui en naissent, même après la décision judiciaire qui en prononce la nullité. Et il subsiste encore, même lorsque le mariage est dépourvu de ce caractère, s'il est exact, comme on le pense, qu'il suffit à établir la filiation naturelle des enfants: pour être moindre, l'intérêt de ces derniers n'en reste pas moins profondément respectable. M. Laurent croit répondre à cet argument en disant que, comme « il est certain que, si un enfant naît après l'annulation, il peut invoquer le mariage putatif, que sa mère soit remariée ou non, le mariage putatif n'a rien de commun avec l'empêchement au mariage ». Mais il oublie qu'il ne suffit pas de reconnaître un droit à l'enfant, si on ne lui donne pas le moyen de le faire valoir : or, admettre la mère à se remarier, n'est-ce point justement exposer cet enfant à être déclaré le fils d'un autre que son père? Aussi inutilement objecte-t-il que la fiction du mariage putatif, créée en faveur de la femme, serait retournée contre elle, si on en faisait dériver la prohibition de l'art. 228. Ne remarque-t-il pas lui-même que cette fiction produit également ses effets en faveur des enfants? Dès lors, elle doit les faire admettre au bénéfice d'une disposition qui a pour objet d'assurer la certitude de leur état. Ce dernier motif nous paraît exclure le tempérament proposé par M. Demante, d'après qui les tribunaux auraient, dans ce cas, un pouvoir d'appréciation, pour lever l'empêchement. Car, si l'empêchement existe, il ne dépend de personne de le lever.

2390. Au surplus, les seconds et subséquents mariages produisent, en principe, les mêmes effets qu'une première union (1), la loi s'étant refusée à les amoindrir ou à les modifier, comme elle le fit autrefois en haine du convol. Sans gêner la liberté des personnes, elle s'est bornée à prendre quel-

(1) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 402, n. 3; Aubry et Rau, V, § 174, p. 171, n. 3; Planiol, I, n. 1121.

ques précautions en faveur des enfants du premier lit, dont les intérêts auraient pu être sacrifiés au nouveau conjoint et à sa postérité (art. 380, 381, 386, 395, 399, 400, 1098, 1496, 1527).

APPENDICE

CONFLITS DES LOIS RELATIVES AU MARIAGE (1)

2391. Les conflits des lois relatives au mariage, très fréquents à raison de l'extrême diversité de ces lois (2), sont d'autant plus graves que, dans chacune, ses conditions d'existence ou de validité et ses effets sont évidemment réglés d'après des considérations d'ordre public. On doit donc rechercher dans quelle mesure le caractère particulier de cette institution, source de la famille et fondement de l'état des individus, autorise ou doit faire exclure l'application de la loi personnelle des époux, c'est-à-dire à quel point les dispositions qui l'organisent sont ou non d'ordre public international (3).

La plupart de ces conflits de lois ont été, du reste, écartés par une convention internationale conclue à La Haye, le 12 juin 1902, entre la France, l'Allemagne, l'Autriche-Hongrie, la Belgique, l'Espagne, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, la Suède et la Suisse, ratifiée par la loi du 16 avril 1904, et promulguée par le décret du 17 juin suivant (4).

Toutefois, cette convention ne règle pas tous les conflits possibles. Et elle ne s'applique naturellement que dans les relations de la France avec les Etats qui y sont intervenus.

Pour les conflits de lois non réglés et dans les relations de

(1) E. Stocquart, *La doctrine française du mariage dans le conflit des lois*, *J. Clunet*, 1904, p. 785.

(2) Cf. pour l'étude de la législation comparée : E. Lehr, *Le mariage, le divorce et la sépar. de corps*, Paris, 1899; Weiss, *Tr. élém. de dr. intern. privé*, 2e éd., Paris, 1890, p. 438 s.; Pic, *Le mariage en dr. intern. et en législ. comparée* (Thèse, Lyon), 1885, p. 27 s.

(3) Cf. Pic, *op. cit.*; de Bar, *J. Clunet*, 1887, p. 697 s.

(4) Cf. le commentaire de cette convention par M. Gruffy, dans les *Lois nouvelles* de 1905, 1re part., p. 41 et 65 s.

la France avec les autres Etats, les règles ordinaires du droit international demeurent applicables. Il convient donc de les étudier, sommairement d'ailleurs, en examinant successivement les conflits de lois relatifs aux conditions intrinsèques, aux conditions extrinsèques, à la sanction de ces conditions, aux modes de preuve et aux effets du mariage.

1. *Conditions intrinsèques d'existence ou de validité du mariage.*

2892. Les art. 3, 3e al., et 170 C. civ. ont déterminé explicitement la loi qui, au regard des tribunaux français, doit régir ces conditions. On sait déjà que l'aptitude matrimoniale de chacun des futurs époux doit être appréciée d'après sa loi nationale, en tant du moins que cette loi n'est pas contraire à l'ordre public international du pays où l'application en est réclamée. Par suite, sous cette réserve, les Français à l'étranger doivent remplir les conditions de la loi française, et les étrangers, en France, obéir à leur propre loi (1).

Cette solution de notre loi positive est, d'ailleurs, conforme à celle du droit international théorique, tel du moins que ses principes sont développés en France. Et elle repose sur cette idée très juste que la loi nationale de l'individu doit naturellement gouverner sa capacité, parce qu'elle a été faite à sa mesure. Mais, par une conséquence de leur théorie générale, qu'il n'y a pas ici à discuter, certains jurisconsultes étrangers veulent appliquer à la capacité matrimoniale, les uns la loi du domicile respectif de chaque époux, les autres (2) la loi du domicile du mari, considéré comme le siège du lien conjugal, tandis que la jurisprudence anglo-américaine (3) la fait

(1) Despagnet, *op. cit.*, n. 391 s.; Weiss, *op. cit.*, p. 439 s.; Surville et Arthuys, n. 287, 290 et 291; Pic, *op. cit.*, p. 51 s., et p. 118 s. — Trib. Seine, 6 avril 1903, *Rev. crit.*, 1904, p. 213. — Cf. *supra*, n. 1603 et 1616 s. — Cpr. les résolutions de l'Institut de droit international, prises dans sa session de Lausanne, 1888, art. 5 et 6, *Rev. de dr. intern. et de lég.*, 1888, p. 597 et 598. — Cpr. aussi les art. 1 à 3 de la Convention du 12 juin 1902.

(2) Savigny, *Syst. du dr. rom.*, VIII, p. 320 s.

(3) Story, *Comm. on the conf. of laws*, § 79, p. 80, et § 113; Wheaton et Lawrence, *Dr. intern.*, III, p. 336 s — Cf. Alexander, *J. Clunet*, 1881, p. 193 s.

dépendre ordinairement de la loi du lieu où le mariage est célébré (*lex loci contractus*) (1).

II. *Conditions extrinsèques d'existence ou de validité du mariage.*

2393. Conformément à la maxime « *locus regit actum* » et aux art. 47 et 170 C. civ., les formalités qui précèdent, constituent ou suivent la célébration du mariage, sont déterminées par la loi du pays où elle a lieu. A ce principe, qui rend seul possible toujours et partout la célébration, et qui seul est conforme aux données théoriques du droit international, la loi française a apporté, ainsi que d'autres, une dérogation relative à la publication que ses nationaux sont tenus de faire faire en France d'après ses prescriptions. Mais, d'autre part, elle les autorise à se marier devant leurs agents diplomatiques ou consulaires, dans les formes de leur loi personnelle (2).

Le principe et ses tempéraments ont été déjà expliqués, relativement au mariage des Français à l'étranger et des étrangers en France.

III. *Sanction des conditions de forme ou de fond du mariage.*

2394. La logique et le bon sens exigent que la loi qui détermine les conditions dont l'observation s'impose, détermine pareillement leur sanction et les conséquences de leur inobservation. Sinon, ce serait la loi différente qui sanctionnerait ces conditions, qui règlerait au fond le rapport de droit et qui reprendrait le pouvoir au moment même où il doit se faire sentir, ce qui serait contradictoire, puisque, par hypothèse, elle devait l'abdiquer (3).

(1) Cf. Despagnet, *op. cit.*, n. 392; Weiss, *op. cit.*, p. 445, note 3; Surville et Arthuys, n. 289; Pic, *op. cit.*, p. 60 s.

(2) Cpr. Despagnet, *op. cit.*, n. 380 s.; Weiss, *op. cit.*, p. 458 s.; Surville et Arthuys, n. 276 et 285; Pic, *op. cit.*, p. 55 s. et 65 s. — Civ. rej., 29 mai 1905, S., 1906. 1. 161, note de M. Pillet. — Trib. Seine, 28 avril 1906, *Rev. crit.*, 1907, p. 73, avec les observations de M. Surville. — Cf. *supra*, n. 1604 et 1622 s. — Cpr. les résol. de l'Inst. de dr. intern., art. 1 à 4, *op. cit.*, p. 597. — Cpr. aussi les art. 5, 6 et 7 de la Convention du 12 juin 1902.

(3) Cpr. les art. 2, 3 et 7 de la convention du 12 juin 1902.

2395. Par suite, le droit d'opposition, sanction préventive, semble devoir être reconnu à toutes les personnes désignées par la loi qui gouverne les conditions de fond, en tant tout au moins qu'il a pour objet d'assurer leur observation, et c'est cette loi qui doit en régler, quant au fond, les conditions d'exercice et les effets (1). Toutefois il se pourrait que le droit ainsi organisé fût, du moins dans une certaine mesure, considéré dans le pays étranger comme portant atteinte à la liberté du mariage, et, partant, à l'ordre public international, auquel cas la loi territoriale reprendrait son empire.

Il nous paraît également que la même loi devrait régler le droit d'opposition, non seulement quant à ses conditions d'exercice en la forme (2), mais aussi en tant qu'il aurait pour objet d'assurer l'accomplissement des formalités extrinsèques du mariage. Ainsi l'exige, selon nous, le principe posé en tête de ce paragraphe.

2396. Par une autre conséquence nécessaire de ce même principe, la loi compétente pour la détermination des conditions de l'une ou de l'autre espèce décide également de leur sanction répressive. En d'autres termes, c'est elle seule qui indique si leur inobservation doit entraîner l'inexistence ou la nullité du mariage ou n'en pas compromettre la validité, quelles que soient sur ce point les dispositions de la loi territoriale du lieu où siège la juridiction saisie du litige, ou, s'il s'agit de conditions de fond, du lieu où le mariage a été célébré (3).

(1) Cpr. Weiss, *op. cit.*, p. 446 et 447.

(2) Trib. Nice, 25 mars 1890, *J. Clunet*, 1890, p. 488.

(3) Despagnet, *op. cit.*, n. 381; Weiss, *op. cit.*, p. 521 s.; Surville et Arthuys, n. 287; Brocher, *op. cit., Cours de dr. intern. privé*, Paris, 1882, I, n. 91; Gérardin, *Rev. prat.*, 1866, XXI, p 270; Renault, *Rev. crit.*, 1884, XIII, p. 719; Olivi, *Rev. de dr. intern.*, 1883, p. 228; P. Fiore, *J. Clunet*, 1887, p. 46. — Pondichéry, 29 août 1843, D., 52. 1. 183. — Bastia, 7 mai 1859, S., 60. 2. 333, D., 60. 2. 158. — Trib. Le Havre, 27 déc. 1873, et Rouen, 1er avril 1874, *J. Clunet*, 1875, p. 273. — Lyon, 24 fév. 1881, S., 83. 2. 18, D., 81. 2. 199. — Trib. Seine, 24 janv. 1882, *J. Clunet*, 1882, p. 84. — Paris, 25 juin 1884, *J. Clunet*, 1884, p. 627. — Chambéry, 7 fév. 1885, *J. Clunet*, 1888, p. 796. — Trib. Seine, 29 déc. 1886, *J. Clunet*, 1887, p. 66. — Trib. Seine, 14 juin 1887, *J. Clunet*, 1889, p. 101. — *Contra :* pour les vices de forme, Laurent, *Dr. civ. intern.*, IV, n. 267; Fœlix et Demangeat, *Tr. de dr. int. privé*, I, n. 83. — Cpr. Pic, *op. cit.*, p. 56 et p. 100 s.; p. 164 s.

Et toutefois la loi territoriale recouvrerait son empire, si la loi applicable était contraire à l'ordre public international, tel qu'il est compris dans le pays. Il se pourrait donc que, dans celui-ci, certaines causes de nullité ne fussent pas admises comme telles, ou qu'à l'inverse la loi du lieu sanctionnât de la sorte des conditions auxquelles la loi étrangère n'attachait pas autant d'importance. Il en serait ainsi, en France, d'une part, si cette dernière annulait un mariage sur le fondement de la différence de couleurs, de l'inégalité des situations sociales ou de la diversité des religions, et, d'autre part, si elle considérait comme valable l'union à laquelle l'un des époux n'aurait réellement pas eu la liberté de consentir (1).

Sous ces réserves, c'est, suivant qu'il s'agit des conditions de fond ou des conditions de forme, la loi nationale des parties ou la loi du lieu où le mariage a été célébré, qui détermine, avec les causes d'inexistence ou de nullité de celui-ci, les personnes qui sont admises à s'en prévaloir, les conditions auxquelles elles le peuvent, le délai d'exercice de l'action, les fins de non-recevoir susceptibles de lui être opposées, ses modes d'extinction par une confirmation ou autrement.

2397. Néanmoins, par suite des exigences de l'ordre public international, le ministère public semblerait, en France, avoir qualité pour agir dans tous les cas où notre loi l'y autorise, puisque son intervention n'est admise que pour la sauvegarde de cet ordre public (2). Cette solution, qui s'impose dans les cas d'inceste, de bigamie, et même d'impuberté, ne pourrait être contestée, à notre sens, que lorsque la nullité tiendrait aux formes de la célébration. Et peut-être serait-il légitime d'admettre alors que la loi étrangère qui attacherait cette

(1) Weiss, *op. cit.*, p. 522 et 524; Surville et Arthuys, n. 291; P. Fiore, *Dr. intern. privé*, Paris, 1891, 2e éd., trad. Antoine, I, n. 562 et 575 s.; Fiore, *J. Clunet*, 1887, p. 52 s. — Paris, 25 juin 1884, précité. — Trib. Pontoise, 6 août 1884, *J. Clunet*, 1885, p. 296. — Cass., 25 janv. 1888, *l'and. franç.*, 88. 1. 49. — Cpr. Paris, 23 juin 1898, S., 1900. 2. 41. — Civ. rej., 9 mai 1900, S., 1901. 1. 185, note de M. Audinet, *J. Clunet*, 1900, p. 613. — Cpr. aussi Surville, *Rev. crit.*, 1901, p. 151 s. — Trib. Seine, 4 fév. 1897, S., 1900. 2. 41, note de M. Audinet.

(2) Weiss, *op. cit.*, p. 524, note 1; Fiore, *J. Clunet*, 1887, p. 49. — Chambéry, 7 fevr. 1885, précité.

sanction à leur inobservation, déterminerait seule le cercle de ceux qui peuvent s'en prévaloir, puisque, si ces formes n'étaient même pas requises par elle à peine de nullité, personne ne pourrait contester la validité du mariage.

2398. Par une autre dérogation au principe, qui, selon nous, n'est aucunement justifiée, abstraction faite de toute interprétation de l'art. 196 C. civ., certains auteurs et la jurisprudence (1) décident que la nullité pour vice de forme d'un mariage contracté par un Français à l'étranger, suivant les usages du pays, est toujours couverte par la possession d'état d'époux, jointe à la représentation de l'acte de célébration, quelles que soient les dispositions de la loi étrangère (2).

2399. La même loi qui édicte la sanction des conditions qu'elle requiert, doit naturellement régler la portée de cette sanction, c'est-à-dire les effets précis de l'annulation ou de l'inexistence qu'elle prononce. Il semblerait résulter de là, comme certains l'ont pensé, qu'elle seule peut dire si le mariage annulé, même pour vices de forme, peut produire les effets d'un mariage putatif, à quelles conditions et en faveur de qui, puisque ces effets sont une restriction apportée à l'annulation et semblent devoir dépendre de la même loi qu'elle. Mais, dans une autre opinion, vers laquelle nous inclinons, on observe que c'est à la bonne foi des époux que ces effets sont attachés, et qu'ils doivent être régis dès lors par la loi applicable aux manifestations du consentement des parties, c'est-à-dire par leur loi nationale (3).

(1) Gérardin, *Rev. prat.*, 1866, XXI, p. 269 s.; Renault, *Rev. crit.*, 1884, XIII, p. 721. — Req. rej., 26 juill. 1865, S., 65. 1. 393. — Trib. Seine, 21 juin 1883, *J. Clunet*, 1884, p. 67. — Trib. Seine, 29 déc. 1886, précité. — Paris, 3 août 1898, *J. Clunet*, 98, p. 1080. — Mais la jurisprudence décide que l'art. 196 C. civ. est inapplicable au mariage contracté entre étrangers à l'étranger. Req. rej., 9 mai 1905, S., 1906. 1. 161, D., 1905. 1. 367.

(2) Despagnet, *op. cit.*, n. 381; Surville et Arthuys, n. 287; Pic, *op. cit.*, p. 102.

(3) Despagnet, *op. cit.*, n. 381; Weiss, *op. cit.*, p. 521, 523 et 525. — Alger, 26 mai 1879, S., 79. 2. 281 et note de M. Labbé, D., 80. 2. 161. — Bordeaux, 18 janv. 1882, *J. Clunet*, 1882, p. 539. — Bordeaux, 5 fév. 1883, S., 83. 2. 137. — Paris, 14 mars 1889, *J. Clunet*, 1889, p. 463. — *Contra* : Pic, *op. cit.*, p. 56 et 102; Duguit, *Conflits de lég. relat. à la forme des actes*, p. 77; Fiore, *J. Clunet*, 1887, p. 160. — Cpr. Brocher, *op. cit.*, I, n. 93. — Cass., 25 mars 1889, *La Loi*,

IV. *De la preuve du mariage.*

2400. Par une conséquence de la règle *locus regit actum*, la preuve du mariage est nécessairement régie par la loi du lieu de sa célébration. Il serait contradictoire de permettre à des personnes de se marier suivant les formes usitées dans ce lieu, sans leur permettre en même temps de se prévaloir des modes de preuve que cette loi organise : à quels autres auraient-elles le moyen de recourir?

Il suit de là que la force probante de l'acte de l'état civil dressé pour assurer cette preuve est réglée par la loi locale, et que, à son défaut, il y est suppléé par tous les moyens dont elle autorise l'emploi, qu'ils consistent dans la simple preuve testimoniale ou dans la possession d'état (1). C'est pareillement d'après cette loi que doivent être appréciés les éléments constitutifs de cette possession, et c'est elle enfin qui détermine les fins de non-recevoir qui pourraient, comme celle de l'art. 196, être opposées à l'irrégularité du titre (2).

V. *Des effets du mariage quant aux personnes.*

2401. Le mariage, étant constitutif de l'état des personnes qu'il unit, doit être régi quant à ses effets, dans les rapports des époux entre eux, ou avec leurs familles, ou avec leurs enfants, par la loi nationale des parties, à moins que l'ordre public international ne s'y oppose dans le pays où l'on se

10-12 juin. — Trib. Seine, 6 juin 1893, *J. Clunet*, 1893, p. 880. — Trib. Angers, 27 juill. 1896, *J. Clunet*, 1897, p. 802. — Cf. résol. de l'Inst. de dr. intern., art. 8, 9 et 16, *op. cit.*, p. 598 et 599.

(1) Aubry et Rau, V, § 468, p. 122, n. 14-17, et § 469, p. 127 et 128, n. 2. — Despagnet, *op. cit.*, n. 386; Weiss, *op. cit.*, p. 467 et 469; Pic, *op. cit.*, p. 55 et 57, et p. 98 s.; Duguit, *op. cit.*, p. 85 s. — Req. rej., 20 déc. 1841, S., 42. 1. 321, rapp. de M. Lasagni, D., 42. 1. 34. — Civ. rej., 7 fév. 1860, S., 60. 1. 529, D., 60. 1. 126. — Civ. cass., 18 mars 1868, S., 68. 1. 205, D., 68. 1. 228. — Req. rej., 8 juil. 1886, *J. Clunet*, 1886, p. 585. — Trib. consul. de France à Constantinople, 12 sept. 1890, *J. Clunet*, 1890, p. 914. — Alger, 24 déc. 1889, *J. Clunet*, 1891, p. 1171. — Trib. Seine, 20 avril 1891, *J. Clunet*, 1891, p. 932. — Trib. Seine, 3 août 1894, *J. Clunet*, 1895, p. 374. — Besançon, 17 juil. 1895, *J. Clunet*, 1895, p. 1051.

(2) Despagnet, *op. cit.*, n. 386; Pic, *op. cit.*, p. 100. — Req. rej., 13 janv. 1857, S., 57. 1. 81, D., 57. 1. 106. — Paris, 20 janv. 1873, S., 73. 2. 177, D., 73. 2. 59. — Cpr. Surville et Arthuys, n. 287.

réclame de cette loi. Cette solution découle explicitement de l'art. 3, 3e al. C. civ., en ce qui concerne les Français qui se trouvent à l'étranger, qu'ils s'y soient ou non mariés, et elle en dérive implicitement quant aux étrangers qui se trouvent en France, du moins dans le cas où les deux époux sont de même nationalité (1). Lorsqu'ils étaient de nationalités différentes, à l'époque de la célébration, c'est la loi personnelle du mari qui, sous les mêmes réserves, doit encore régir ces effets, car il est impossible qu'ils soient réglés respectivement par la loi de chaque époux, et il est naturel que ce soit celle du chef du ménage et de la famille qui l'emporte (2).

2402. A cette doctrine, très généralement admise en France comme seule en harmonie avec les textes de la législation positive et avec la nature même du mariage, on en a souvent préféré une autre, à l'étranger. Par une conséquence logique du principe de la réalité des lois auquel elle est attachée, la jurisprudence anglo-américaine (3) fait dépendre les effets de l'union légitime de la loi du pays où ils se produisent. Dans une autre opinion, on propose de leur appliquer la loi que les époux doivent être présumés avoir acceptée. Et dans une dernière, inspirée par Savigny (4), on prétend que la loi du domicile du mari détermine le droit du mariage, parce que le siège du lien conjugal est à ce domicile.

Ces trois systèmes ont ce commun défaut de permettre plus ou moins aux époux de choisir, à leur convenance, la loi qui doit gouverner leurs rapports, alors que leur état ne saurait raisonnablement dépendre de leur volonté. Chacun d'eux s'expose, en outre, à une critique particulière. Le premier confond les éléments les plus divers du même rapport de droit pour les soumettre à une règle unique, qui n'est pas naturellement propre à régler certains d'entre eux. Le second comprend abusivement, dans le domaine où règne

(1) Surville et Arthuys, n. 294.

(2) Laurent, *Dr. civ. intern.*, IV, n. 214 s., et V, n. 46 s.; P. Fiore, *op. cit.*, II, n. 597 et 604; Fœlix, *op. cit.*, I, n. 33, p. 82; Despagnet, *op. cit.*, n. 400-403; Weiss, *op. cit.*, p. 490; Pic, *op. cit.*, p. 52 s. — Cpr. résol. de l'Inst. de dr. intern., art. 10 et 11, *op. cit.*, p. 598; Surville et Arthuys, n. 296.

(3) Story, *op. cit.*, § 102, p. 134, et § 103, p. 139.

(4) *Système de dr. rom.*, VIII, p. 320.

le principe de l'autonomie de la volonté des parties, un contrat comme le mariage, dont les effets, à raison même de son objet et de son influence sur la constitution sociale, ne sauraient dépendre que de la volonté souveraine de la loi. Le troisième enfin fait prévaloir injustement sur les règles que le législateur a édictées en considération de ses nationaux, en les adaptant à leur tempérament et à l'état de la société dont ils sont membres, celles d'une loi étrangère qui n'a pas été faite pour eux, et dont l'application serait le résultat, ou du hasard et des circonstances qui ont présidé à l'établissement du domicile, ou d'un calcul du mari qu'il n'y a pas lieu d'encourager.

2403. L'application de la loi nationale du mari, tempérée par les exigences de l'ordre public international, conduit notamment aux conséquences suivantes :

Les droits et obligations des conjoints, dans leurs rapports respectifs, sont déterminés par la loi personnelle du chef du ménage. Toutefois la loi territoriale reprendrait son empire si les époux n'étaient pas tenus, en vertu de la leur, aux devoirs de fidélité, de secours, d'assistance et de cohabitation, que leur impose la première. L'ordre public ne saurait souffrir qu'ils puissent impunément donner le mauvais exemple, en manquant à l'un de ces devoirs essentiels, dans le pays où ils résident, et bafouer ainsi une institution qui est l'une des assises de la société (1).

2404. La loi territoriale serait également seule compétente pour déterminer les sanctions, pénales ou civiles, de ces obligations, qu'elles fussent plus ou moins rigoureuses d'après la loi personnelle du mari (2). Elle ne saurait en effet, selon nous, ni admettre l'emploi, par des étrangers, de moyens coercitifs qu'elle réprouve de la part de ses nationaux, tels, par exem-

(1) Despagnet, *op. cit.*, n. 404; Pic, *op. cit.*, p. 183. — Trib. Seine, 31 août 1878, *J. Clunet*, 1879, p. 66. — Paris, 20 avril 1880, *J. Clunet*, 1880, p. 300. — Cpr. Surville et Arthuys, n. 294.

(2) Laurent, *op. cit.*, V, n. 49; Despagnet, *op. cit.*, n. 404; Weiss, *op. cit.*, p. 491 s.; Surville et Arthuys, n. 294; Pic, *op. cit.*, p. 191 s. — Trib. Seine 3 mai 1879, *J. Clunet*, 1879, p. 489. — Trib. corr. Seine, 9 déc. 1879, *J. Clunet*, 1880, p. 189. — Paris, 20 avril 1880, *J. Clunet*, 1880, p. 300. — Paris, 30 janv. 1883, *J. Clunet*, 1883, p. 277. — Trib. Compiègne, 6 avril 1886, *Le Droit*, 6 mai.

ple, que la correction domestique ou le recours à la force armée, ni refuser davantage aux étrangers les procédés d'exécution dont elle reconnaît la légitimité vis-à-vis de ses ressortissants (1). Dans ce dernier cas, ce serait énerver la force des prescriptions à l'observation desquelles elle attache le plus haut intérêt. On ne saurait donc dire, sans oublier l'étendue des exigences de l'ordre public externe, que la loi étrangère est « le meilleur juge de l'efficacité » des moyens coercitifs qu'elle organise.

2405. D'autre part, la loi personnelle des époux ou du mari règle souverainement leurs rapports respectifs au point de vue de l'égalité des droits dont ils jouissent dans le mariage, ou de la prépondérance qu'il assure à l'un et de l'obéissance qu'il impose à l'autre, ou enfin de l'incapacité qui résulte pour la femme de l'état de subordination dans lequel elle se trouve (2). Ce principe fut consacré assez tôt par notre ancienne jurisprudence en ce qui touche l'incapacité générale de la femme, qu'elle fit rentrer dans le statut personnel ; et elle finit par traiter de même les incapacités spéciales relatives à la faculté de tester ou d'intercéder pour autrui. Or

(1) Trib. Evreux, 15 fév. 1861, D., 62. 3. 39. — Cpr. Paris, 6 déc. 1899, *J. Clunet*, 1900, p. 114. — Crim. rej., 17 mai 1900, rapport de M. le conseiller Dumas, D., 1900. 1. 401, *J. Clunet*, 1901, p. 120 et 912. — *Contra :* Laurent, *op. cit.*, V, n. 50 ; Weiss, *op. cit.*, p. 492.

(2) Aubry et Rau, I, § 31, p. 83, n. 10 ; § 78, p. 295, n. 26, et V, § 472, p. 169, n. 129 ; Demolombe, I, n. 88, 98 et n. 102, et IV, n. 335 ; Huc, II, n. 280, et I, n. 150 ; Fouquet, *Encycl. du dr.*, v° *Autor.*, n. 59 ; Fuzier-Herman, art. 217, n. 61 s. ; Laurent, *op. cit.*, V, n. 61 s. ; Bard, *Dr. intern.*, n. 15 ; Despagnet, *op. cit.*, n. 405 ; Weiss, *op. cit.*, p. 492 s. ; Pic, *op. cit.*, p. 192 s. ; *J. Clunet, Quest. et sol. prat.*, 1880, p. 186. — Bastia, 16 fév. 1844, S., 44. 2. 664, D., 44. 2. 63. — Req. rej., 20 avril 1869, S., 69. 1. 359, D., 70. 1. 99. — Trib. Seine, 6 août 1878, *J. Clunet*, 1879, p. 62. — Paris, 17 déc. 1883, D., 85. 2. 117. — Chambéry, 9 janv. 1884, *J. Clunet*, 1885, p. 180, D., 85. 2. 279. — Paris, 14 nov. 1887, D., 88. 2. 225. — Paris, 13 juill. 1888, D., 89. 2. 93 — Trib. Seine, 18 avril 1893, *J. Clunet*, 1893, p. 1169. — Trib. Libourne, 26 mars 1896, *J. Clunet*, 1897, p. 1036. — Trib. Seine, 14 nov 1896, *J. Clunet*, 1897, p. 537. — Trib. Seine, 9 janv. 1897, *J. Clunet*, 1897, p. 539. — Trib. Seine, 2 juill. 1897, *J. Clunet*, 1898, p. 363. — Trib. Tunis, 12 oct. 1898, *J. Clunet*, 1899, p. 1013. — Trib. Nice, 20 mars 1899, *J. Clunet*, 1899, p. 1010. — Aix, 15 juin 1900 (sol. impl.), *J. Clunet*, 1900, p. 380. — Civ. rej., 29 juill. 1901, S., 1903. 1. 73, note de M. Naquet. — Cpr. Surville et Arthuys, n. 295 et 296. — *Contra :* Civ. rej., 17 juill. 1833, S., 33. 1. 663, D., *Rép.*, v° *Contr. de mar.*, n. 3914. — Sur la solution des conflits de lois en matière d'autorisation maritale, cf. E. Stocquart, *J. Clunet*, 1903, p. 977.

cette solution doit être certainement maintenue, aujourd'hui que la puissance maritale se justifie moins par des considérations de morale pure que par le souci d'assurer la sauvegarde des intérêts collectifs de la famille, ou, parfois, la protection particulière de la femme. Il doit donc dépendre de chaque législation d'atteindre son objet, lorsqu'il s'agit de ses nationaux, par les moyens qu'elle considère comme étant de tous les mieux appropriés, et de faire régner, comme elle l'entend, l'ordre dans le ménage. Quant à la loi territoriale, elle n'a pas d'intérêt primordial à imposer sa conception et ses règles à des familles dont la bonne organisation ne la regarde pas. Mais il ressort de ces motifs mêmes qu'il en serait différemment, si elle prétendait puiser ses inspirations bien plus dans les règles de la morale et de la décence publique que dans des considérations de bonne économie, auquel cas ses dispositions redeviendraient applicables à tous les ménages (1).

2406. Par application des principes posés, on doit reconnaître qu'il faut suivre, quant aux règles relatives à l'autorisation maritale, la loi nationale du mari. Spécialement il a été décidé que, conformément à cette loi, une femme étrangère pouvait, en France, ester en justice dans certaines circonstances sans aucune autorisation (2), ou invoquer une autorisation générale de contracter (3), ou bien se prévaloir de certains contrats ayant pour objet de la prémunir contre la mauvaise gestion de son conjoint (4), comme aussi, à l'inverse, qu'elle continuait à être frappée dans notre pays de certaines incapacités qui n'y dérivent pas du mariage, au point de vue notamment du testament ou du cautionne-

(1) Cpr. Gan I, 24 déc 1902, D., 1904. 2. 417, *J. Clunet*, 1903, p. 980. — *Contra :* Note L. B. sous cet arrêt, D., 1904. 2. 417.

(2) Bastia, 16 fév. 1844, précité. — Trib. Seine, 6 août 1878, *J. Clunet*, 1879, p. 62. — Trib. Seine, 12 avril 1882, *J. Clunet*, 1882, p. 619. — Trib. comm. Seine, 30 déc. 1896, *J. Clunet*, 1897, p. 808. — Cpr. Rennes, 7 fév. 1890, *J. Clunet*, 1891, p. 209.

(3) Weiss, *op. cit*, p. 492. — Trib. Seine, 5 août 1881, *J. Clunet*, 1882, p. 617. — Paris, 17 déc., 1883, *J. Clunet*, 1884, p. 289, D., 85. 2. 117.

(4) Req. rej., 20 avril 1869, précité. — Trib. Seine, 10 déc. 1880, *J. Clunet*, 1881, p. 435. — Trib. Albi, 2 mars 1881, *J. Clunet*, 1881, p. 529. — Trib. Seine, 8 août 1888, Vincent, *Suppl.* de 1888, p. 120 — Cpr. Paris, 4 août 1853, S., 54. 2. 780, D., 53. 2. 315.

ment (1), ou à être obligée de se pourvoir de certaines autorisations qui y sont inconnues (2).

2407. C'est encore la loi du mariage qui régit, en principe, les droits et les devoirs respectifs des parents et des enfants que notre loi positive fait procéder du mariage et dont on doit uniquement parler ici (3).

Il en est ainsi, d'abord, du devoir d'éducation des parents et du droit pour les enfants d'être élevés conformément aux exigences de la loi du père. Toutefois, si celles-ci étaient jugées en morale insuffisantes, au regard de la législation du lieu où réside la famille, cette législation l'emporterait alors sur l'autre, au nom de l'ordre public international (4). A ce titre, et contrairement à l'interprétation de l'administration française (5), il semble bien que les parents étrangers soient tenus, dans notre pays, de fournir à leurs enfants l'instruction primaire, sous les pénalités de la loi du 28 mars 1882. Cette loi a eu, en effet, pour objet au moins autant de moraliser les individus en les intruisant, que de préparer les citoyens à l'exercice de leurs devoirs politiques : la preuve en est qu'elle ne fait aucune distinction entre les sexes (6).

Il en est ainsi, ensuite, de l'obligation à laquelle des parents pourraient être tenus d'après leur loi, et contrairement au principe de l'art. 204 C. civ., de doter leurs enfants, lors de leur établissement par mariage ou autrement. La loi française n'est nullement intéressée en effet, au nom de l'ordre public, à affranchir les parents de cette obligation (7).

(1) Civ. rej., 30 janv. 1854, S., 54. 1. 270, D., 54. 1. 61. — Trib. civ. Genève, 6 janv. 1888, *Semaine jud.*, 30 juill. 1888, p. 470. — Req. rej., 29 déc. 1896, *J. Clunet*, 1897, p. 555. — Paris, 16 nov. 1898, *J. Clunet*, 1899, p. 364. — *Contra :* Civ. rej., 17 juill. 1833, précité.

(2) Chambéry, 9 janv. 1884, *J. Clunet*, 1885, p. 180. — Trib. comm. Seine, 10 mai 1886, *J. Clunet*, 1887, p. 183. — Cpr. Trib. comm. Seine, 9 mars 1897, *J. Clunet*, 1897, p. 793.

(3) Despagnet, *op. cit.*, n. 406. — Aix, 4 mars 1890, *J. Clunet*, 1891, p. 1202.

(4) Despagnet, *loc. cit.*

(5) *J. off.*, Sénat, *Déb. parl.*, 13 juin 1888, p. 901 s.

(6) Laurent, *op. cit.*, V, n. 82 ; Despagnet, *loc. cit.* ; Weiss, *op. cit.*, p. 496 ; Wallon, *Rev. crit.*, 1884, XIII, p. 450. — Trib. police Ressous-sur-Matz, 13 juil. 1883, *Mon. des juges de paix*, 83, p. 358. — *Contra :* Rendu, *Code de l'inst. prim.*, n. 34. — Trib. police Céret, 28 fév. 1883, *Mon. des juges de paix*, 83, p. 201.

(7) Despagnet, *op. cit.*, n. 406 ; Weiss, *op. cit.*, p. 496 et 500.

2408. Enfin, en principe, la loi du mariage régit pareillement ses effets sous le rapport de l'affinité qu'il engendre et des droits qui naissent de cette affinité ou de la parenté elle-même, spécialement au point de vue de l'obligation alimentaire. Cette obligation est une conséquence de la solidarité familiale, c'est-à-dire de la constitution du groupe auquel appartiennent le débiteur et le créancier, et elle doit être gouvernée dès lors par la loi qui règle cette constitution (1). Toutefois, comme cette obligation sanctionne juridiquement le devoir moral étroit qu'ont certaines personnes de se secourir, et qu'elle a aussi pour objet de leur imposer le fardeau d'une dette qui retomberait, sans cela, à la charge de la collectivité, moins directement tenue de l'acquitter, la loi territoriale devrait y assujettir nécessairement les parents ou les alliés qui y échapperaient en vertu de leur propre loi. L'ordre public ne saurait supporter qu'elle les en dispense et grève ainsi, au moins moralement, l'assistance publique du pays où se trouve l'indigent (2).

De deux choses l'une, donc. Ou bien la loi du mariage est plus rigoureuse que la loi du lieu : et elle reste seule applicable, car cette dernière n'a aucun intérêt à l'exclure, bien au contraire, puisqu'elle sanctionne plus strictement un devoir de morale (3). Ou bien la loi du mariage ne consacre pas cette

(1) P. Fiore, *op. cit.*, II, n. 621 s. ; Despagnet, *op. cit.*, n. 408; Weiss, *op. cit.*, p. 497 s. — Cpr. Aubry et Rau, I, § 31, p. 82.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, I, n. 70; Huc, I, n. 151; Despagnet, *loc. cit.;* Weiss, *loc. cit.;* Pic, *op. cit.*, p. 184; Durand, *Essai de dr. intern. privé*, Paris, 1884, p. 369; Barde, *Théor. des statuts*, p. 55 s.; Renault, *Rev. crit.*, 1883, XII, p. 722. — Paris, 19 déc. 1833, S., 34. 2. 384, D., 34. 2. 65. — Lyon, 25 fév. 1857, P., 58. 1145. — Trib. Seine, 14 août 1869, *J. Clunet*, 1874, p. 45, note 2. — Trib. Seine, 3 mai 1879, *J. Clunet*, 1879, p. 489. — Cpr. Douai, 26 mars 1902, *J. Clunet*, 1903, p. 599, *Rev. crit.*, 1904, p. 204. — Trib. paix Paris, 10 juill. 1903, *J. Clunet*, 1904, p. 356, *Rev. crit.*, 1905, p. 202. — Req. rej., 22 juill. 1903, D., 1904. 1. 197, *J. Clunet*, 1904, p. 355. — *Contra :* Brocher, *op. cit.*, I, n. 92; Surville et Arthuys, n. 328 et 329; Olivi, *Rev. de dr. intern. et de lég.*, 1885, p. 55 s. — Surville, *Rev. crit.*, 1904, p. 205. — Paris, 2 août 1866, S., 66. 2. 342, D., 67. 2. 41. — Paris, 9 août 1878, *France jud.*, 78. 2. 11. — Alger, 16 janv. 1882, *J. Clunet*, 1882, p. 626. — Trib. Anvers, 8 nov. 1900, *J. Clunet*, 1903, p. 408. — Trib. Carlsruhe, 21 déc. 1900, *J. Clunet*, 1903, p. 663. — Trib. Tunis, 5 avril 1905 (sol impl.), *J. Clunet*, 1906, p. 136. — Cpr. Laurent, *op. cit.*, V, n. 86 s.

(3) Despagnet, *loc. cit.;* Weiss, *op. cit.*, p. 498; Renault, *op. cit.*, p. 722.

obligation avec une aussi grande étendue que la loi territoriale, auquel cas c'est celle-ci qui doit être suivie, sans distinguer, comme on l'a proposé (1), suivant qu'elle impose cette obligation en ligne directe ou en ligne collatérale, ses dispositions ayant toujours le même caractère d'ordre public externe.

2409. Mais, si le créancier et le débiteur étaient de nationalités différentes, comment serait résolu le conflit entre leurs lois personnelles? Il devrait l'être, à notre sens, à raison des réclamations de l'ordre public, d'après la loi territoriale, si précisément l'une des parties en relevait par sa nationalité et que l'autre loi fût moins exigeante (2). Mais, si elle l'était davantage, l'ordre public étant hors de cause, il nous semble qu'il faudrait se référer à la loi nationale du débiteur (3) : au nom de quel principe voudrait-on lui faire assumer une charge que sa législation ne lui impose pas, alors que la loi est la seule source de la dette alimentaire? En vain ferait-on valoir, en faveur de la loi du créancier, qu'elle édicte une mesure de protection dont on ne doit pas pouvoir ravir à ce dernier le bénéfice. Il n'y a rien de commun entre un secours pécuniaire et une vraie tutelle dont elle voudrait lui assurer le bienfait. Et ne pourrait-on dire, si on persistait à assimiler des mesures aussi différentes, que, de son côté, le débiteur ne saurait se voir dépouillé, à la fois contrairement à son statut personnel et à la loi territoriale, d'une portion de ses ressources, et être obligé par une loi étrangère qui ne peut avoir sur lui aucun empire, tant qu'il n'est pas sur le territoire qu'elle régit?

2410. Telle est la loi qui gouverne les divers effets du mariage. Mais continue-t-elle à les régir lorsque les deux époux ou l'un d'eux changent de nationalité?

(1) Laurent, *op. cit.*, V, n. 93; Olivi, *loc. cit.*

(2) Despagnet, *op. cit.*, n. 408; Pic, *op. cit.*, p. 184; Renault, *loc. cit.*; *J. Clunet*, 1874, p. 45 s. — Cpr. Demangeat, *Cond. des étr.*, p. 361. — *Contra :* Surville et Arthuys, n. 329.

(3) Despagnet, *loc. cit.;* Demangeat, *loc. cit.* — Cpr. Surville et Arthuys, n. 329. — *Contra :* Huc, I, n. 151; Weiss, *op. cit.*, p. 499 et 500; Durand, *op. cit.*, p. 369. — Trib. Seine, 14 août 1869, *J. Clunet*, 1874, p. 45, note 2. — Cpr. Asser, *Elém. de dr. intern privé*, trad. Rivier, Paris, 1887, p. 87, note 1.

Il n'est pas douteux que, s'ils participent tous deux à ce changement, leur nouvelle loi personnelle se substitue à l'ancienne pour l'avenir, tandis que les effets du mariage déjà produits restent sous l'empire de cette dernière, en tant qu'ils sont constitutifs de droits acquis (1).

2411. On ne peut guère douter davantage que le changement de nationalité de la femme n'influe pas sur ses rapports avec le mari, non seulement parce qu'il est vis-à-vis de lui *res inter alios acta,* mais parce que ce changement ne produirait plus uniquement des effets individuels, comme il doit le faire, s'il avait pour résultat de modifier la charte de la famille. On dira peut-être que, sous le rapport de l'autorité maritale, la femme doit être régie par sa nouvelle loi, qui détermine seule sa capacité. Mais cette objection n'aurait de portée que si l'incapacité de la femme mariée était édictée dans son propre intérêt, et non point, comme c'est le cas généralement aujourd'hui, dans l'intérêt de la famille, dont le mari est le chef (2).

2412. Au contraire, les effets du changement de nationalité du mari sont plus contestables. Et l'on serait tenté, au premier examen, de décider que, directeur et gardien des destinées de la famille, c'est sa loi personnelle qui doit toujours régler les conséquences du mariage, qu'il ait obéi à cette loi au jour même du mariage ou depuis. Quant à l'intérêt particulier de la femme, il ne saurait être mis en balance avec celui du groupe auquel elle appartient. Mais une objection, qui nous semble péremptoire, peut être faite à ce système : comment la famille se ressentirait elle ainsi nécessairement de la dénationalisation de son chef, alors que celle-ci ne produit, par hypothèse, que des effets individuels? Ce serait lui en accorder de collectifs, contrairement à la loi qui régissait jusque-là les époux, que de permettre au mari de déchirer, à sa fantaisie, la charte de la famille. Pour que celle-ci soit modifiée, il faut donc que la femme s'associe à l'acte de son conjoint (3).

(1) Despagnet, *op. cit.*, n. 420.
(2) Weiss, *op. cit.*, p. 499.
(3) Laurent, *op. cit.*, III, n. 297; Despagnet, *op. cit.*, n. 422; Surville et Arthuys,

2413. Enfin, comme l'obligation alimentaire procède des rapports de famille, elle doit rester régie par la loi qui réglait ces rapports au jour où ils sont nés, quels que soient les changements qui surviennent par la suite dans la nationalité des parties (1). Dès lors, abstraction faite des exigences de l'ordre public externe, une personne ne saurait se fonder sur les dispositions de sa nouvelle loi, pour se réclamer du devoir d'assistance vis-à-vis de parents ou d'alliés auxquels la loi qui, anciennement, leur était commune, ne l'imposait pas.

n. 296; Asser, *op. cit.*, p. 112. — *Contra :* Huc, I, n. 150; Pic, *op. cit.*, p. 204 s. — Cpr. Weiss, *op. cit.*, p. 499.

(1) Despagnet, *op. cit*, n. 425; Weiss, *op. cit.*, p. 500. — Paris, 2 août 1866, S., 66. 2. 342, D., 67. 2. 41. — Trib. civ. Seine, 22 mai 1877, *J. Clunet*, 1877, p. 428. — Cpr. Req. rej , 13 déc. 1865, S., 66. 1. 157, D., 66. 1. 21.

FIN DU TOME III

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME III

INTRODUCTION HISTORIQUE

(N°s)		Pages
1326.	Le problème des origines du mariage	1
1327.	L'hypothèse de la promiscuité des sexes	2
1328.	L'hypothèse du matriarcat	3
1329.	Le patriarcat et la parenté agnatique	4
1330.	La polygamie	5
1331.	La polyandrie	6
1332.	Evolution vers la monogamie	6
1333.	La famille monogame	7
1334.	La formation du mariage par la capture	8
1335.	Le mariage par achat	8
1336.	Le mariage librement consenti	9
1337.	Situation de la femme vis-à-vis du mari dans les premières phases	10
1338.	Amélioration de cette situation par la monogamie	10
1339.	Des sources de notre législation matrimoniale	11
1340.	Droit romain. — *La patria potestas* et le mariage	11
1341.	Situation de la femme *in manu*	12
1342-1343.	Le mariage *sine manu*	13
1344-1345.	Influence croissante de la parenté par le sang	15
1346.	Conditions de fond de validité des *justæ nuptiæ*. — Consentement de la famille	17
1347.	La puberté et la *conubium*	17
1348.	Empêchements à raison de la parenté ou de l'alliance	18
1349.	Conditions de forme : *confarreatio, coemptio, usus*	19
1350.	Formation du mariage par l'échange des consentements : sa preuve	20
1351.	Caractères généraux du mariage à Rome	21
1352.	Le mariage chez les Germains	21
1353.	Le mariage chrétien à l'origine	22
1354.	Influence croissante de l'Eglise catholique sur le mariage	23
1355.	Conquête par l'Eglise du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire en cette matière	23
1356.	Reprise par la puissance séculière du pouvoir législatif	24
1357.	Reprise du droit de juridiction par la même puissance	26
1358.	Achèvement de la sécularisation du mariage	28
1359.	Caractères généraux du mariage en droit canon	28

(N°s)		Pages
1360.	Formation consensuelle du mariage	29
1361.	Origine des bans de mariage	30
1362.	Preuve du mariage	30
1363.	Décisions du Concile de Trente	31
1364.	Ses réformes : transformation du mariage en contrat solennel.	32
1365.	Les publications	33
1366.	La célébration du mariage	33
1367.	Registres de mariage	34
1368.	Les mariages secrets	34
1369.	Les mariages mixtes et des non-catholiques	35
1370.	Faveur du droit canon pour le mariage	36
1371.	Formation de la théorie des empêchements	37
1372.	La puberté	37
1373.	Le consentement personnel des époux	38
1374.	Influence des vices du consentement sur la validité du mariage.	38
1375.	Mariages entre personnes de conditions inégales	39
1376.	Le consentement de la famille	40
1377.	Protection du mariage contre les abus de l'autorité publique.	41
1378.	Empêchements résultant de la *consanguinitas*	41
1379.	» » de la *cognatio legalis*	43
1380.	» » de la *cognatio spiritualis*	43
1381.	» » de l'*affinitas*	44
1382.	» » d'une union antérieure encore existante.	46
1383.	» » de l'adultère	46
1384.	» » du rapt	47
1385.	» » de l'impuissance	47
1386.	Preuve de l'impuissance	48
1387.	Empêchements résultant du vœu de chasteté	50
1388.	» » de l'engagement dans les ordres sacrés.	50
1389.	» » de la diversité des religions	52
1390.	Empêchements prohibitifs	53
1391.	Le droit de dispense	53
1392.	Sanction des empêchements : l'opposition	55
1393.	La nullité du mariage	55
1394.	Caractères de cette nullité	56
1395.	Le mariage putatif	57
1396.	La *sanatio matrimonii in radice*	58
1397.	Effets du mariage en droit canon dans les rapports personnels des époux	58
1398.	Le devoir de cohabitation	59
1399.	Effets du mariage à l'égard des enfants	60
1400.	Effets du mariage dans les rapports pécuniaires des époux et quant à la puissance maritale	60
1401.	Subordination progressive du droit canon à la législation civile	61
1402.	Edits des rois de France relativement au consentement de la famille	62
1403.	Le rapt de séduction et la clandestinité	63
1404.	Le mariage des catholiques et des hérétiques	64
1405.	Protection de la liberté des mariages	65
1406.	Réformes civiles relatives à la célébration du mariage	65

(Nos) Pages
1407. Réformes relatives à la preuve du mariage 67
1408. Mesures dirigées contre les mariages secrets et *in extremis* . . . 68
1409. Réformes relatives à la sanction des empêchements. 69
1410. Progrès de la puissance maritale : ses caractères primitifs 70
1411. Ses caractères dans les pays de droit écrit et dans les pays de coutumes 70
1412. Evolution de l'incapacité de la femme mariée 71
1413. Etat général de la législation matrimoniale au moment de la Révolution 73
1414. Réforme capitale de la sécularisation du mariage 74
1415. Mesure relative aux mariages célébrés par les prêtres réfractaires. 75
1416. Autres réformes relatives au mariage. 75
1417. Consécration du principe de la sécularisation par le droit nouveau. 76
1418. Conséquence de ce principe quant à la célébration du mariage religieux 76
1419. Progrès du principe par tous pays 78
1420. Influence du droit canonique sur la législation moderne 79

GÉNÉRALITÉS

1421. Définition du mariage 79
1422. Son caractère contractuel 81
1423. Son caractère exclusivement civil. 82
1424. Divisions de l'ouvrage 82

CHAPITRE PREMIER

DES CONDITIONS INTRINSÈQUES DU MARIAGE

1425. Plan du chapitre. 83
1426. Définition des *empêchements*, dirimants ou prohibitifs 84
1427. Distinction des conditions positives et négatives. 84
1428. Distinction des empêchements absolus et relatifs 85
1429. Groupement des conditions de fond du mariage. 85

SECTION PREMIÈRE

CONDITIONS RELATIVES A LA PERSONNE PHYSIQUE DES FUTURS ÉPOUX

1430. Enumération 86

I. *Du sexe des futurs époux.*

1431. Différence de sexes. 86
1432. Des défauts de conformation susceptibles d'empêcher la détermination du sexe 87
1433. De l'impuissance : elle n'influe pas sur la validité du mariage . . 87

II. *De l'âge des futurs époux.*

1434. Considérations qui doivent influer sur la détermination de cet âge. 90

(N°s) Pages
1435. Epoques légales de la puberté. 91
1436. Des dispenses d'âge : leurs causes 92
1437. Procédure pour les obtenir 93
1438. La vieillesse ne fait pas obstacle au mariage. 94
1439. Légalité des mariages *in extremis* 94
1440. La disproportion des âges ne fait pas obstacle au mariage 95

SECTION II

CONDITION RELATIVE AU CONSENTEMENT PERSONNEL DES FUTURS ÉPOUX

1441. Nécessité de ce consentement 95
1442. L'absence de ce consentement empêche le mariage de se former, à la différence de ces vices 96
1443. Incapacités légales de consentir, ... 97
1444. Incapacités de fait : 1° de l'individu en état de démence. 97
1445. Le fou peut se marier dans un intervalle lucide. 98
1446. 2°, 3°, 4° de l'individu en état d'ivresse, de suggestion, ou du sourd-muet qui ne peut manifester sa volonté. 98
1447. Le consentement des futurs époux doit être pur et simple. . . . 99

SECTION III

CONDITIONS RELATIVES AU CONSENTEMENT QUE LES FUTURS ÉPOUX DOIVENT OBTENIR DE CERTAINES PERSONNES OU A LA NOTIFICATION QU'ILS DOIVENT LEUR FAIRE

1448. Division de la section 100

§ I. *Du consentement des parents ou du conseil de famille.*

1449. Utilité de ce consentement 100
1450. Ses caractères en droit romain et en droit canon. 101
1451. Ses caractères dans les droits ancien, intermédiaire et nouveau. 102
1452. Il est exigé même des futurs époux émancipés, ou qui convolent en secondes noces, ou qui ont été adoptés. — Distinction. . . 103

1er CAS : *Du consentement que doivent obtenir les enfants légitimes.*

1453. Trois hypothèses. 104
1454. 1re HYPOTHÈSE : *Du consentement des auteurs de l'enfant.* — Il est nécessaire jusqu'à la majorité matrimoniale : détermination de celle-ci 104
1455. Prépondérance de la volonté du père, en principe. 105
1456. Exception en cas de divorce ou de séparation de corps des parents. 106
1457. La mère n'en doit pas moins être consultée. 108
1458. Comment on doit prouver qu'elle l'a été. 108
1459. Le consentement d'un des parents suffit quand l'autre ne peut manifester sa volonté, la mère fût-elle remariée et privée de la tutelle 109
1460. Impossibilité physique de cette manifestation résultant du décès d'un des parents : sa preuve. 110
1461. Impossibilité résultant de son absence : sa preuve 110
1462. Du cas de non-présence de l'un des parents 112

(N°s) Pages

1463. Impossibilité morale par suite de démence. 112
1464. Sa preuve. 113
1465. Impossibilité légale : elle ne procède pas de l'interdiction légale. 114
1466. Elle procédait de la mort civile. 114
1467. Elle procède de la déchéance de la puissance paternelle proprement dite. 114
1468. Elle procède aussi du dessaisissement des droits de puissance : en quel cas. 115
1469. Elle procède de la peine de relégation ou du maintien du forçat aux colonies 116
1470. 2e Hypothèse : *Du consentement des ascendants de l'enfant autres que ses père et mère.* — Cas dans lesquels il remplace celui des père et mère 116
1471. Caractères du droit des ascendants 117
1472. Il appartient aux ascendants à quelque degré que ce soit 118
1473. Ils l'exercent d'après leur proximité en degré : règles. 118
1474. La proximité en degré l'emporte même de ligne à ligne 119
1475. Le partage entre les lignes emporte consentement 120
1476. Exercice du droit par les bisaïeuls 121
1477. 3e Hypothèse : *Du consentement du conseil de famille.* — Il est nécessaire à défaut d'ascendant. 121
1478. Preuve de l'impossibilité pour les ascendants de manifester leur volonté 121

2e Cas : *Du consentement que doivent obtenir les enfants naturels.*

1479. Règles dans le cas où l'enfant a été reconnu. 122
1480. Règle dans le cas où il n'a pas de parents connus : consentement du conseil de famille. 124
1481. Cette dernière règle est applicable, même si leur filiation est légalement constatée, aux enfants adultérins ou incestueux 126
1482. Elle ne l'est pas aux pupilles de l'assistance publique, pour lesquels fonctionnent des règles spéciales. 126

Caractères généraux et modes de manifestation de la volonté des personnes dont le consentement est requis pour le mariage.

1483. La volonté des personnes appelées à consentir est souveraine en principe 127
1484. Cas exceptionnels où un recours est possible aux tribunaux contre le refus de consentement des ascendants 127
1485. Le principe est-il applicable au conseil de famille ? 128
1486. Conditions de forme du consentement. Manifestation verbale 129
1487. Constatation écrite du consentement : elle est authentique 129
1488. Des officiers publics compétents, en règle, pour le constater . . . 130
1489. Compétence exceptionnelle de certains officiers. 131
1490. Conditions auxquelles est subordonnée cette compétence. 132
1491. Règles relatives aux actes dressés dans ces circonstances 133
1492. Conditions de fond du consentement : principes. 133
1493. Ce consentement doit-il être spécial ? 133
1494. Il doit exister lors de la célébration, d'où : 1° il peut être révoqué. 135

(N°s) Pages

1495. 2° Il est non avenu si, avant la célébration, celui dont il émane devient incapable. 136

§ II. *Du consentement de l'autorité publique à certains mariages.*

1496. De l'autorisation à obtenir par les militaires. 137
1497. Comment il est justifié de l'accomplissement de cette condition . 138
1498. De l'autorisation à obtenir par les agents ou fonctionnaires des services diplomatique et consulaire. 139

§ III. *De la notification que doivent faire, dans certains cas, les futurs époux majeurs à leurs père et mère.*

1499. Appréciation de cette obligation 139

I. *Par qui et à qui doit être faite la notification.*

1500. A quels ascendants il faut faire la notification et quels futurs époux doivent la faire 141
1501. De la preuve du décès des ascendants 143
1502. De la preuve de leur absence 144

II. *Du nombre et des effets des notifications.*

1503. Du nombre des actes respectueux d'après le code civil 145
1504. Intervalle qui devait s'écouler entre deux actes consécutifs. . . . 146
1505. Suppression de la réitération de ces actes par la loi du 20 juin 1896, et remplacement de l'acte par une notification en vertu de la loi de 1907. 147
1506. Effet de la notification quant à la célébration. 147
1507. Calcul du délai pendant lequel la célébration est retardée 148
1508. Il n'y a pas de délai après lequel l'acte perde sa force 148

III. *Des conditions de forme et de fond de la notification.*

1509. Conditions de forme. — Signification par un notaire. 149
1510. La notification est faite par le notaire qui instrumente, et non par le futur époux, assisté de ce notaire 149
1511. En quoi consiste cette notification 151
1512. Elle émane d'un seul notaire, opérant sans assistance d'un second notaire ni de témoins 152
1513. La notification fait preuve du pouvoir donné au notaire. 154
1514. Conditions de fond : 1° elle doit être formelle. 155
1515. 2° Elle doit être respectueuse. 156
1516. L'enfant peut annoncer sa ferme résolution de se marier 156
1517. L'enfant pouvait, avant 1896, donner une seule procuration pour les trois actes. 157
1518. Il n'était pas nécessaire que chaque procès-verbal attestât que la réponse des ascendants avait été communiquée à l'enfant . . 157
1519. L'acte qui n'était que la copie du précédent n'était pas suffisant . 158
1520. La notification doit être faite à personne ou à domicile. 158
1521. Quel jour et à quelle heure elle peut se faire. 160
1522. Forme du procès-verbal de notification 161

(N°s) Pages
1523. Le procès-verbal est visé pour timbre et enregistré gratis 161
1524. De la remise des copies aux père et mère 161
1525. La liberté de l'enfant quant au choix de sa résidence ne saurait être diminuée par le juge. 162

IV. *Des causes de nullité de la notification.*

1526. Application à la matière de la théorie des nullités virtuelles . . . 164
1527. Des cas où la nullité n'est pas encourue 164
1527 *bis.* Des cas où la nullité est encourue 165
1528-1529. *Quid* de la notification faite alors que le mariage n'était pas légalement possible? 166
1530. De la nullité de la notification qui n'est pas la libre expression de la volonté des futurs époux 168
1531. Comment on peut se prévaloir de la nullité 169
1532. On le peut en tout état de cause 169
1533. Effets de l'annulation 169

SECTION IV

CONDITIONS RELATIVES AUX LIENS DE PARENTÉ OU D'ALLIANCE EXISTANT ENTRE LES FUTURS ÉPOUX

1534. Raisons d'être de ces conditions 170
1535. Détermination de ces conditions en droit romain, en droit canon et dans le droit intermédiaire 171
1536. Etendue de l'empêchement en ligne directe 173
1537. Etendue de l'empêchement en ligne collatérale : frères et sœurs et alliés au même degré 173
1538. Etendue de l'empêchement entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu. 174
1539. Cet empêchement existe-t-il entre alliés ou parents naturels? . . 175
1540. » » entre le grand-oncle et la petite-nièce, la grand'tante et le petit-neveu?. 175
1541. Des dispenses relatives aux deux derniers empêchements. 176
1542. Leurs formes. 178
1543. La parenté naturelle doit-elle être légalement établie, pour qu'il y ait empêchement?. 179
1544. Les empêchements dérivant de l'alliance subsistent-ils, quand il n'y a plus d'enfants issus de l'union dissoute?. 181
1545. L'alliance survit-elle à l'annulation du mariage? 183
1546. L'alliance procède-t-elle du commerce libre de deux personnes? 184
1547. Empêchement dérivant de l'adoption. Renvoi 186
1548. Enumération limitative des empêchements de cette nature. . . . 186

SECTION V

CONDITIONS PROCÉDANT DE LA SITUATION PERSONNELLE DE L'UN DES FUTURS ÉPOUX

1549. Caractère commun de ces empêchements. 187
1550. 1° Empêchement procédant de l'existence actuelle d'un mariage. 188

(N°s) Pages
1551. Cet empêchement résulte de l'existence d'un mariage annulable. 188
1552. Le nombre des convols d'une personne n'est pas limité. 189
1553. 2°-4° Autres empêchements. 189
1554. Des empêchements contestés. — Il n'en procède aucun des fiançailles. 190
1555. Il n'en procède aucun de la différence de couleur 190
1556. Il n'en procède aucun de la diversité de religion. 191
1557. Il n'en procède aucun du rapt, ni de la séduction 192
1558. *Quid* de l'interdiction judiciaire? Renvoi 192
1559. *Quid* de l'interdiction légale? 192
1560. *Quid* de l'engagement dans les ordres sacrés?. 193
1561. Discussion : les précédents historiques et les travaux préparatoires, les textes, les principes 194
1562. Jurisprudence récente sur la question, et loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat 202
1563. *Quid* des vœux monastiques? 203
1564. L'empêchement résulte-t-il des vœux légalement valables?. . . . 203

CHAPITRE II

DES CONDITIONS EXTRINSÈQUES DU MARIAGE

1565. Division 205

§ I. *Des formalités requises pour le mariage des Français, lorsqu'il est célébré en France.*

1566. Objet commun de ces formalités 205

N° 1. Des formalités qui précèdent la célébration du mariage.

1567. Enumération 205

I. *De la publication par voie d'affiche.*

1568. Son objet 206
1569. En quoi elle consiste. 206
1570. Des justifications que doivent fournir les futurs époux. 207
1571. A quelle époque et à quelle heure peut être faite la publication. 208
1572. Où elle doit être faite 208
1573. Unité et dispense de la publication. 208
1574. Mentions qu'elle doit contenir 209
1575. Sa transcription sur le registre dit des publications 210
1576. Durée de l'affichage de la publication 210
1577. Dans quelles communes la publication doit être faite quant au domicile ou à la résidence des époux. 211
1578. Dans quelles communes la publication doit être faite quant au domicile des ascendants 212
1579. Dans quelles communes la publication doit être faite quant au siège du conseil de famille. 213
1580. Du délai qui doit s'écouler entre la publication et la célébration. 214
1580 *bis*. Possibilité de dispense de ce délai 215

(N°s) Pages

1581. Influence de la notification à faire aux père et mère ou des oppositions sur ce délai 216
1582. Péremption de la publication 216

II. *De la remise des pièces.*

1583. Pièces à remettre à l'officier de l'état civil : 1° actes de naissance des futurs époux 217
1584. Comment on supplée à ces actes par des actes de notoriété 218
1585. 2°-9° Autres actes 219
1586. Comment on remédie aux erreurs ou aux omissions des actes de l'état civil 220
1587. Mesures destinées à faciliter le mariage des indigents 221

N° 2. DES FORMALITÉS CONSTITUTIVES DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

1588. Dans quelle commune doit être célébré le mariage? Controverse avant la loi de 1907. — 1er système : dans la commune où l'un des futurs époux avait six mois d'habitation 222
1589. Ses conséquences : comment on proposait d'y remédier. Sa critique. — 2e système, d'après lequel le mariage pouvait se célébrer dans la commune du domicile général ou dans celle du domicile spécial quant au mariage, établi alors par une résidence de six mois 226
1590. Consécration par la loi de 1907 du second système et fixation à un mois de la durée de la résidence constituant le domicile matrimonial 232
1591. Du domicile matrimonial des mineurs non émancipés 232
1592. Compétence de l'officier public pour la célébration, *ratione personarum* 233
1593. Formes de la célébration. — Célébration dans la maison commune 234
1594. Exception relative aux mariages *in extremis* 234
1595. Compétence de l'officier public *ratione loci* 235
1596. Jour et heure de la célébration 236
1597. Nécessité de la comparution des futurs époux en personne 236
1598. Formalités constitutives de la célébration. — 1°-4° Formalités diverses 238
1599. 5° Echange des consentements des époux 238
1600. 6° Déclaration de l'existence du mariage par l'officier de l'état civil 239
1601. 7° De l'acte de mariage 239

§ II. *Des conditions requises pour le mariage des Français lorsqu'il est célébré à l'étranger.*

1602. Liberté des Français de se marier à l'étranger 241
1603. 1° *Conditions de fond* de ces mariages 242
1604. 2° *Conditions de forme* : principe 243
1605. De la publication prescrite en France 244
1606. Dans quels cas on en est dispensé 245

(N°s) Pages
1607. Compétence des agents diplomatiques ou consulaires de la France. 245
1607 *bis*. Dispositions de la loi du 29 novembre 1901 relative à l'extension de cette compétence 246
1608. Formes des mariages qu'ils célèbrent. 247
1609. Compétence de certains officiers ou fonctionnaires dans des circonstances spéciales 248
1610. Etendue de cette compétence. 248
1611. De la publication requise à l'armée pour le mariage des militaires et assimilés. 249
1612. De la transcription en France de l'acte de célébration des mariages contractés en pays étranger : quand elle est requise . . . 249
1613. Où elle doit être opérée et à la requête de qui. 251
1614. Délai accordé pour la faire opérer 251

§ III. *Des conditions requises pour le mariage des étrangers lorsqu'il est célébré en France.*

1615. Principe 252
1616. 1° *Conditions intrinsèques* : principe. — Application à l'âge et au consentement de la famille 252
1617. Application aux empêchements résultant de la parenté ou de l'alliance 253
1618. Application à la permission de l'autorité requise par la loi étrangère. 254
1619. Des prescriptions de la loi territoriale qui l'emportent sur celles de la loi étrangère 254
1620. *Quid* des empêchements prohibitifs? 255
1621. Comment l'étranger doit justifier de sa capacité matrimoniale . . 256
1622. 2° *Conditions extrinsèques* : — Cas où la célébration a lieu dans les formes de la loi française 257
1623. Cas où elle a lieu devant les agents diplomatiques ou consulaires étrangers. 257
1624. Elle ne peut avoir lieu dans les formes de la loi étrangère si une des parties est Française. 257
1625. Elle ne peut avoir lieu, dans les formes de la loi étrangère, que devant les agents diplomatiques ou consulaires du pays auquel appartiennent les parties, encore qu'elles soient toutes deux étrangères. 258

CHAPITRE III

SANCTION DES CONDITIONS INTRINSÈQUES OU EXTRINSÈQUES DU MARIAGE

1626. Division 259

SECTION PREMIÈRE

DES OPPOSITIONS AU MARIAGE

1627. Définition des oppositions. 259
1628. Difficultés de la réglementation du droit d'opposition. 260

(N°s) Pages

§ I. *Par quelles personnes et pour quelles causes une opposition peut être formée.*

1629. Répartition de ces personnes en deux groupes 262
1630. I. Le conjoint de l'un des futurs époux 263
1631. II. Les ascendants des futurs époux : dans quel ordre ils jouissent de ce droit. — Le père et, à défaut du père, la mère. . . 264
1632. Les aïeuls et aïeules, mais seulement à défaut de la mère 265
1633. Prépondérance des aïeuls du sexe masculin 266
1634. Droits égaux de la ligne paternelle et de la ligne maternelle, qu'elles refusent toutes deux leur consentement ou que l'une le donne 266
1635. A défaut d'aïeuls et aïeules, le droit d'opposition passe aux bisaïeuls, bisaïeules et ascendants d'un degré plus éloigné. 268
1636. Caractère du droit d'opposition des ascendants 268
1637. Leur opposition ne rend pas, par elle-même, le mariage impossible. 268
1638. III. A défaut d'aucun ascendant, le droit d'opposition passe à certains collatéraux : à qui ce droit appartient et quels sont ses caractères. 270
1639. Des cas dans lesquels il leur appartient : — 1er cas : Défaut de consentement du conseil de famille. 271
1640. 2e cas : Etat habituel de démence de l'un des futurs époux. . . . 272
1641. Des pouvoirs du juge en ce cas. 272
1642. Quels sont-ils lorsque le conseil de famille de l'interdit consent à son mariage? 273
1643. IV. Les tuteurs ou curateurs de l'un des futurs époux : limitation de leur droit. 274
1644. Dans quels cas ils peuvent en jouir. 274
1645. Caractère limitatif des dispositions qui accordent le droit d'opposition. 276
1646. Leur combinaison avec celles qui accordent le droit de provoquer l'interdiction judiciaire 277
1647. V. Le ministère public. Différentes opinions à ce sujet. Son droit résulte-t-il du Code civil? 278
1648. Résulte-t-il de l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810? 279
1649. Du droit de dénonciation des personnes qui n'ont pas le droit d'opposition. 282

§ II. *Des formes de l'opposition.*

1650. Compétence des huissiers. 282
1651. Formes de l'exploit. — Particularités relatives : 1° à la signature de l'opposant. 282
1652. 2° A la qualité de l'opposant. 283
1653. 3° Aux motifs légaux de l'opposition 284
1654. 4° A l'élection de domicile de l'opposant. 284
1655. Sanction des trois dernières prescriptions 285
1656. Signification des actes d'opposition. 285
1657. A quel officier de l'état civil elle doit être faite 286
1658. Conséquences des défauts de signification. 287

(Nos) Pages

§ III. *Des effets de l'opposition.*

1659. De l'obstacle qu'elle met à la célébration du mariage. 287
1660. L'officier de l'état civil n'est pas juge du mérite de l'opposition. 288
1661-1662. Des oppositions dont, à titre exceptionnel, il peut ne pas tenir compte 289
1663. Main-levée volontaire de l'opposition. 290
1664. Main-levée donnée par la justice : quand elle doit l'être 291
1665. Qui peut la demander 292
1666. A quelle époque 292
1667. Tribunal compétent 292
1668. Procédure relative à la demande 293
1669. Des voies de recours contre le jugement. Particularité relative aux décisions rendues par défaut 293
1670. Effets de l'appel, du délai de l'appel, ou du pourvoi en cassation. 294
1671. Du sort du mariage célébré en exécution d'un arrêt qui plus tard est cassé. 295
1672. De la condamnation de l'opposant à des dommages-intérêts . . . 297
1673. De la condamnation aux dépens. 298
1674. Conséquences du rejet d'une opposition par rapport aux tiers . . 298
1675. Conséquences du rejet d'une opposition, par rapport à l'opposant, en cas d'irrégularité de cette opposition. 298
1676. Conséquences du rejet d'une opposition par suite d'un défaut de qualité 299
1677. Conséquences du rejet d'une opposition par suite de l'insuffisance du motif 299
1678. Une opposition nouvelle ne peut-elle être fondée sur un motif différent ? 299

SECTION II

DE L'INEXISTENCE ET DE LA NULLITÉ DU MARIAGE

1679. Des sanctions répressives. — Division 301

§ I. *De l'inexistence du mariage.*

1680. Caractère général du mariage inexistant. 302
1681. Distinction des actes inexistants et des actes nuls ou annulables : son fondement rationnel 302
1682. Son fondement dans les travaux préparatoires et dans les textes. 304
1683. De l'application de cette distinction au mariage. 306
1684. Conséquences de cette distinction : 1° Quant à l'intervention de la justice 308
1685. Suite. Théorie de M. Beudant. — Critique. 309
1686. 2° Quant aux personnes qui peuvent se prévaloir de la nullité ou de l'inexistence. 311
1687. 3° Quant à la prescriptibilité de ce droit 313
1688. 4° Quant à la possibilité de la confirmation 313
1689. 5° Quant aux effets de l'acte 314
1690. Des cas dans lesquels le mariage est inexistant : 1° Similitude des sexes 314

(N°s) Pages
1691-1692. 2° Défaut de consentement des époux. 314
1693. 3° Défaut de solennité de la célébration du mariage 316
1694. Quelles sont les formalités constitutives de cette solennité. . . . 316
1695. Quelles sont celles qui n'en sont pas constitutives 317
1696. 4° Mort civile, avant son abolition 318

§ II. *Des nullités de mariage.*

N° 1. Principes.

1697. Effets provisoires du mariage nul. 319
1698. Conséquences : 1° et 2° : Quant à la compétence du tribunal et à l'incapacité de la femme. 320
1699. 3° Quant au droit des époux de faire procéder à une nouvelle célébration 320
1700. Premier principe : relatif au nombre des nullités 322
1701. Deuxième principe : relatif au cercle des personnes admises à s'en prévaloir. 323
1702. Distinction des nullités relatives et des nullités absolues. 324
1703. Des fins de non-recevoir opposables aux nullités absolues 325
1704. Corrélation du droit de demander la nullité et du droit d'intervention. 325
1705. *Quid* en ce qui concerne le ministère public? 325
1706. Du droit de critiquer la validité d'un mariage dont on ne peut demander la nullité 326
1707. Ancien caractère des demandes en nullité en tant que questions d'état. 326

N° 2. Des nullités relatives au mariage

1708. Enumération. 327

1. 1re Cause : *Des vices du consentement des époux.*

1. De quels vices procède la nullité.

1709. Enumération de ces vices 327
1710. Le dol n'est pas une cause de nullité du mariage 327
1711. Ni la lésion. 329
1712. *Premier vice :* la violence. 329
1713-1714. Il ne s'agit pas de la violence qui serait exclusive du consentement 329
1715. Des caractères qu'elle doit revêtir 330
1716. Du rapt par violence. 331
1717. De la séduction. 332
1718. *Deuxième vice :* l'erreur dans la personne. 332
1719. De l'erreur sur la personne physique ou l'identité physique. . . . 334
1720. Le mariage est-il en ce cas inexistant ou nul? 1er système : inexistant. 335
1721. 2e système : nul 336
1722. Théorie d'après laquelle le mariage est inexistant même en cas d'erreur sur l'identité civile. 339
1723. Critique de cette théorie 339

(N°s) Pages

1724. Considérations rationnelles sur lesquelles se fonde le système de la nullité 341
1725. De l'erreur sur la personne civile ou l'identité civile 342
1726. Dans quels cas elle vicie le consentement 345
1727. Il n'est pas nécessaire qu'elle ait été provoquée par l'autre époux. 346
1728. De l'erreur sur les qualités. — Cas dans lesquels elle reste certainement sans conséquences 347
1729. Quelle influence a-t-elle sur la validité du mariage dans les autres cas ? Ancien droit 347
1730. Travaux préparatoires 348
1731. Discussion des textes 350
1732. Comment doit être interprété le silence de la loi 352
1733. Considérations rationnelles 353
1734. Divergences entre les auteurs au sujet de la détermination des qualités qui doivent influer sur la validité du mariage 353
1735. Système de M. Huc 354
1736-1737. Critique 356
1738. Distinction de l'erreur sur les qualités et de l'erreur sur la personne civile 360
1739. Conséquences de la doctrine adoptée quant à : 1° l'erreur relative à la nationalité ou l'un des éléments de l'état civil 361
1740. 2° L'erreur relative à une condamnation pénale 361
1741. 3° L'erreur relative à l'engagement par des vœux religieux. . . . 363
1742. 4° L'erreur relative à l'impuissance 363
1743. 5° L'erreur relative aux mœurs 365
1744. De l'erreur relative aux sentiments, aux croyances ou aux intentions d'un époux 365

2. Des personnes qui peuvent se prévaloir de la nullité pour vice du consentement.

1745. Caractère relatif de la nullité : ses motifs 366
1746. L'action appartient à l'époux dont le consentement a été vicié, même mineur 368
1747. A qui elle n'appartient pas 368
1748. Appartient-elle aux héritiers de l'époux mort, avant de l'avoir intentée, dans le délai utile ? 369
1749. *Quid*, s'il l'avait introduite ? 369

3. Des modes de confirmation du mariage annulable.

1750. La nullité peut être ouverte par une confirmation 371
1751. De la confirmation tacite résultant de la cohabitation 371
1752. Conditions auxquelles elle s'opère : 1° existence en commun des époux 372
1753. 2° Cohabitation ininterrompue 372
1754. 3° Cohabitation d'une durée de six mois au moins 372
1755. Cette cohabitation n'est pas obligatoire pour l'époux dont le consentement n'a pas été vicié 373
1756. 4° La durée de la cohabitation ne compte que du jour de la cessation du vice 373
1757. La présomption de confirmation en ce cas ne peut être renversée. 374

(N°s) Pages

1758. A qui incombe la preuve que le demandeur est dans le délai utile 374
1759. La confirmation tacite ne peut résulter d'aucune autre circonstance 375
1760. De la confirmation expresse. 375
1761. De la prescriptibilité de l'action en nullité. 377
1762. Du droit de se prévaloir de la nullité par voie d'exception 378
1763. La possession d'état ne couvre pas cette nullité 379

II. 2e Cause de nullité : *Défaut de consentement de la famille.*

1. Des personnes qui peuvent se prévaloir de la nullité.

1764. Caractère relatif de la nullité : ses motifs 379
1765. A qui appartient l'action : 1° à l'époux qui n'a pas obtenu le consentement. 380
1766. 2° A ceux dont le consentement était « requis » : sens de ce terme. 380
1767. Conséquences : 1° au cas où l'enfant se marie sans le consentement du survivant de ses père et mère. 382
1768. 2° Au cas où l'enfant se marie sans le consentement de ses père et mère 382
1769-1770. 3° Au cas où l'enfant se marie sans le consentement de ses ascendants 383
1771. 4° Au cas où l'enfant se marie sans le consentement de son conseil de famille 384
1772. *Quid* au cas où l'enfant naturel, avant la loi de 1907, n'avait pas été muni du consentement d'un tuteur *ad hoc* ? 385
1773. *Quid* depuis la loi de 1907 ? 387
1774. L'action n'appartient pas notamment : 1° aux créanciers 387
1775. 2° Aux héritiers de l'époux ou des ascendants 388
1776. 3° Aux personnes qui héritent de l'autorité méconnue. 388
1777. *Quid* de l'ascendant qui recouvre l'autorité qu'il a été hors d'état d'exercer ?. 388

2. Des modes de confirmation du mariage.

1778. Enumération 390
1779. 1° *Ratification des ascendants ou du conseil de famille.* — De qui elle peut émaner. 391
1780. Ratification expresse. 391
1781. De la ratification tacite en général 392
1782. Ratification tacite résultant de l'inaction des intéressés 392
1783. La majorité matrimoniale ou la mort de l'un des époux éteignent-elles l'action ? 393
1784. Des effets de la ratification de la famille quant à l'action de l'époux 394
1785. 2° *Ratification de l'époux.* — Ratification tacite résultant de son inaction. 395
1786. Elle est subordonnée à la majorité de l'époux 396
1787. La ratification expresse est aussi admise. 397

(N°s) Pages

1788. La ratification tacite peut-elle encore s'induire de faits non équivoques ?. 398
1789. Des effets de la ratification de l'époux quant à l'action de la famille. 399
1790. Fin de non-recevoir opposable à l'époux coupable de manœuvres dolosives 400

3. Sanction pénale du défaut de consentement de la famille.

1791. Cette sanction atteint l'officier de l'état civil. 400
1792. Double délit prévu par la loi : 1° l'officier ne s'est pas assuré de l'existence du consentement; 2° il n'a pas mentionné ce consentement dans l'acte de mariage. 401
1793. Pénalités du délit résultant du défaut de mention. 402
1794. Pénalités du délit résultant du défaut de consentement. 403
1795. De l'application des pénalités encourues 403

N° 3. DES NULLITÉS ABSOLUES DE MARIAGE

1796. Énumération 404

I. *Des personnes auxquelles appartient l'action en nullité.*

1797. Principe 404
1798. 1° *Actions fondées sur un intérêt moral* : elles sont limitativement indiquées. 405
1799. Elles appartiennent : 1° aux époux eux-mêmes. 406
1800. 2° Au premier conjoint de l'époux bigame 406
1801. 3° Aux ascendants des époux, à quelque degré que ce soit. 406
1802. L'action appartient-elle concurremment à tous les ascendants? . 407
1803. Elle leur appartient même lorsque la nullité procède du chef de l'époux qui n'est pas leur descendant. 408
1804. 4° Au conseil de famille. 409
1805. Conditions auxquelles est subordonné le droit du conseil. 409
1806. 2° *Actions fondées sur un intérêt pécuniaire.* Elles appartiennent : 1° et 2° aux parents collatéraux et aux enfants d'un premier lit des époux 410
1807. Cette action leur appartient même du vivant des époux. 410
1808. 3° Aux créanciers des époux et aux autres intéressés. 412
1809. L'action appartient enfin au ministère public 413
1810. De la durée de son action 413
1811. L'exercice de cette action est facultatif en cas de clandestinité ou d'incompétence de l'officier de l'état civil. 414
1812. L'est-il encore lorsque la nullité procède d'une autre cause? 1er système : négative 414
1813. 2e système : affirmative 415
1814. Objet véritable de l'action du ministère public. 416
1815. Droit d'intervention du ministère public. 417
1816. Peut-il soutenir, par la voie de l'intervention ou par une voie de recours, la validité du mariage? 417
1817. L'action n'appartient pas au conjoint divorcé de l'un des époux. . 419

(N°s) Pages

II. *Caractères généraux des nullités absolues au point de vue des pouvoirs du juge et de la durée de l'action.*

1818. Etendue des pouvoirs du juge. 420
1819. Perpétuité des nullités absolues : exception 420
1820. Des fins de non-recevoir opposables à l'action. 421

III. Première cause : *Impuberté de l'un des époux.*

1821. Double particularité qu'elle présente. 422
1822. 1° La nullité est couverte six mois après que l'impubère est devenu pubère. 422
1823. Point de départ du délai. 423
1824. Il importe peu qu'il y ait eu ou non cohabitation 423
1825. La ratification intervenue avant l'expiration du délai est-elle inopérante? 424
1826. *Quid* si l'un des époux meurt avant les six mois?. 426
1827. 2° La nullité est couverte lorsque la femme impubère conçoit avant les six mois 426
1828. La grossesse peut utilement intervenir *pendente lite*. 427
1829. Elle ne couvre pas la nullité procédant de l'impuberté du mari . 427
1830. La nullité n'est pas couverte par l'obtention des dispenses 428
1831. Fin de non-recevoir opposable à la famille qui a consenti au mariage 428
1832. Ce qu'on doit entendre par famille 429
1833. Portée de cette fin de non-recevoir. 429
1834. Dans quels cas elle ne peut plus être opposée. 430
1835. A quelle action elle est opposable 430

IV. Deuxième cause : *Existence d'un mariage antérieur encore subsistant.*

1836. Cette nullité ne peut se couvrir, de quelque façon que ce soit . . 431
1837. L'action peut être exercée même après la prescription de l'action publique ou après que 30 ans se sont écoulés depuis le mariage 431
1838. Elle peut l'être même après la mort de l'époux délaissé. 432
1839. La nullité du second mariage suppose la validité du premier. — Conséquences 432
1840. Cas du mariage contracté par le conjoint d'un absent. Renvoi . . 433

V. Troisième cause : *Parenté ou alliance au degré où le mariage est prohibé.*

1841. Application des principes généraux à cette cause de nullité . . . 433

VI. Quatrième cause : *Clandestinité du mariage.*

1842. En quoi consiste la clandestinité : ses éléments 433
1843. Ses conséquences au point de vue pénal : leur caractère obligatoire. 434
1844. La nullité, au contraire, est facultative 434
1845. Détermination du pouvoir d'appréciation du juge. 436
1846. Le défaut de publication n'équivaut pas à la clandestinité. 438

(N°s) Pages

1847. Le mariage secret n'est pas non plus, par là même, un mariage clandestin 440

1848. La nullité qui procède de la clandestinité est-elle susceptible de se couvrir?. 441

VII. Cinquième cause : *Incompétence de l'officier de l'état civil.*

1849. En quoi consiste cette incompétence. 442

1850. Elle constitue une cause distincte de nullité 443

1851. Caractère facultatif de cette nullité 444

1852. L'incompétence territoriale doit elle être assimilée à l'incompétence personnelle? 445

1853. Dans tous les cas la nullité reste facultative 446

1854. De l'incompétence résultant de l'irrégularité de la délégation de l'officier de l'état civil 446

1855. Cette nullité ne peut se couvrir. 448

N° 4. Des violations de la loi qui ne sont pas sanctionnées par la nullité

1856. Application du principe qu'il n'y a pas de nullités virtuelles de mariage 448

1857. 1° La nullité procède-t-elle de l'irrégularité de l'acte de consentement de la famille? 448

1858. 2° *Quid* du défaut de consentement de l'autorité publique? Déchéances encourues 449

1859. 3° *Quid* du défaut de notification du projet de mariage aux père et mère? — Sanction pénale 449

1860. 4° *Quid* de l'empêchement dérivant de l'adoption? 451

1861. 5° *Quid* des empêchements consacrés par les art. 228, 295, 296, 297? — Sanction pénale. 451

1862. 6° *Quid* du défaut de publication, lorsque le mariage a été célébré en France? Renvoi. — Sanction pénale 452

1863. *Quid* de ce défaut, lorsque le mariage est célébré à l'étranger? 1er système : nullité impérative. 453

1864. Critique de ce système 455

1865. Idée commune des autres systèmes 457

1866. 2e système : nullité facultative et pouvoir souverain du juge. — Critique. 458

1867. 3e système : nullité facultative à raison de la clandestinité du mariage. 458

1868. Critique de ce système 459

1869. 4e système : nullité facultative à raison du caractère frauduleux du mariage 462

1870. Critique de ce système. — 5e système : pas de nullité 464

1871. 7° *Quid* du défaut de remise des pièces?. 466

1872. 8° *Quid* du défaut de lecture des pièces ou du chapitre VI du titre du mariage? 467

1873. 9° *Quid* de la représentation de l'un des époux par un mandataire?. 467

1874. 10° *Quid* de l'omission ou de l'irrégularité de l'acte de mariage? 467

(N°s) Pages

1875. 11° *Quid* du défaut de transcription du mariage célébré à l'étranger ? 468
1876. Des effets du mariage non transcrit 470
1877. Responsabilité des époux à raison du défaut de transcription . . . 471

N° 5. DES EFFETS DE L'ANNULATION ET DU MARIAGE PUTATIF

I. *Des effets de l'annulation.*

1878. Effets de l'annulation : principe 472
1879. Applications 472
1880. Controverse relative à l'autorité du jugement d'annulation 473
1881. Conséquences de l'autorité relative 474
1882. Leur appréciation 476
1883. 1er système : application à l'annulation du principe de l'autorité relative des jugements 477
1884. Tempéraments apportés à ce système : 1° en ce qui concerne la nullité procédant d'un vice du consentement 478
1885. 2° Quant à la nullité procédant du défaut de consentement de la famille. — Divergences 479
1886. 3° Quant aux nullités absolues. — Divergences 480
1887. 2e système : autorité absolue de l'annulation : son fondement . . . 481
1888. Critique du système de l'autorité relative 482
1889. Motifs juridiques du système de l'autorité absolue 484
1890. Conditions auxquelles est subordonnée cette autorité 486
1891. Des effets qui survivent à l'annulation du mariage : principe . . . 487
1892. Applications : 1° quant à la filiation des enfants issus du mariage. 488
1893. De la preuve de cette filiation 489
1894. 2° Quant à l'observation du délai de viduité 489
1895. 3° Quant aux droits pécuniaires des époux 489
1896. L'union dissoute n'engendre pas d'affinité naturelle 490
1897. Conséquences de l'annulation quant à la faculté de contracter un nouveau mariage 490

II. *Du mariage putatif.*

1898. Fondement rationnel de cette théorie 491

1. Des conditions auxquelles un mariage est putatif.

1899. De la bonne foi comme condition de ce bénéfice 492
1900. L'erreur peut être de fait ou de droit 493
1901. Preuve de la bonne foi quand l'erreur est de droit 494
1902. Preuve quand l'erreur est de fait 495
1903. A quelle époque doit exister la bonne foi 495
1904. En la personne de qui elle doit exister 496
1905. Le mariage doit-il avoir été célébré avec toutes les solennités requises, pour être putatif ? 497
1906. Un mariage inexistant peut-il être putatif ? Discussion des textes. 497
1907. Considérations rationnelles 499
1908. Motifs juridiques 501
1909. Appréciation des distinctions proposées 502

(N°s) Pages

1910. A quelle époque le mariage doit être déclaré putatif par le juge. 504
1911. Conclusions des parties relatives à cette déclaration. 505

2. Des effets du mariage putatif.

1912. Détermination de ces effets : principe 505
1913. *1° Effets du mariage putatif à l'égard des enfants.* — Ses effets à l'égard des enfants issus du mariage 506
1914. Ses effets quant à la légitimation des enfants naturels simples . . 507
1915. Ses effets quant à la légitimation des enfants adultérins ou incestueux 508
1916. *2° Effets du mariage putatif à l'égard des époux.* — 1re HYPOTHÈSE : bonne foi des deux époux. — Principe 509
1917. Applications : 1° Quant à l'acquisition par la femme de la nationalité du mari. 509
1917 *bis.* 2° Quant à l'émancipation de l'époux mineur 509
1918. 3° Quant aux droits des époux sur la personne ou les biens des enfants 509
1919. 4° Quant aux conventions matrimoniales. 509
1920. 5° Quant à la vocation du survivant à la succession de son conjoint décédé avant l'annulation 510
1921. 6° Quant au nom de la femme. 511
1922. 7° Quant à la vocation héréditaire des époux dans leurs rapports respectifs 511
1923. 8° Quant aux devoirs respectifs des époux 512
1924. 2e HYPOTHÈSE : Bonne foi d'un seul des époux. — Principe. Applications : 1° quant aux droits des parents sur leurs enfants. 512
1925. 2° Quant aux conventions matrimoniales. 513
1926. De la faculté de renonciation de la femme 514
1927. 3° Quant au bénéfice des donations que se sont faites les époux par le contrat de mariage 514
1928. Quant au bénéfice des donations que se sont faites les époux pendant le mariage. 515
1929. 4° Quant au droit de successibilité et à l'obligation alimentaire. . 515
1930-1932. Liquidation des rapports pécuniaires des deux époux et de l'époux bigame avec son conjoint 516
1933. 3° *Effets du mariage putatif à l'égard des tiers.* — Principe. Applications : 1° et 2° Quant à l'hypothèque légale et à l'incapacité de la femme mariée. 519
1934. 3° Quant aux donations faites par des tiers à l'époux de bonne foi par contrat de mariage. 519
1935. 4° Quant aux donations de biens à venir ou de biens présents et à venir faites à l'époux de mauvaise foi. 519
1936. 5° Quant aux donations de biens présents à lui faites par contrat de mariage 520
1937. 6° Quant à la révocation par survenance d'enfant des donations faites par l'époux de bonne foi 521
1938-1939. Quant à la révocation par survenance d'enfant des donations faites par l'époux de mauvaise foi. 522

(N°s) Pages

CHAPITRE IV

DE LA PREUVE DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE

1940. Remarque et division 525

I. *Principe.*

1941. Mode de preuve normal : l'acte de célébration inscrit. 525
1942. Impossibilité de le suppléer par d'autres modes de preuve 526
1943. Impossibilité de le suppléer par la possession d'état. — En quoi elle consiste 527
1944. Pourquoi elle ne suffit pas. 528
1945. Portée de la règle qui la repousse. 529
1946. De la preuve du mariage quand on n'en invoque pas les effets civils. 530
1947. La loi n'exige pas que l'acte soit absolument régulier. 531
1948. De la force de la possession d'état pour couvrir les irrégularités de l'acte. 532
1949. Des irrégularités qu'elle est susceptible de couvrir 533
1950. La possession d'état jointe à l'acte de mariage couvre-t-elle les vices de forme du mariage? 534
1951. Si elle les couvrait, elle les couvrirait tous, mais non pas les nullités de fond 537
1952. Vis-à-vis de qui la possession d'état a-t-elle cette force? 538
1953. *Quid* en ce qui concerne les héritiers d'un époux? 539

II. *Exceptions au principe.*

1954. Enumération 539
1955. *Première exception :* Perte ou inexistence des registres 539
1956. *Deuxième exception :* Cumul de la possession d'état des enfants et des époux 540
1957. Par quelles personnes cette exception peut être invoquée. 541
1958. A quelles conditions : 1° Décès des deux époux 542
1959. Faut-il assimiler au décès l'absence ou la démence des époux?. . 542
1960. *Quid* au cas où l'époux survivant conteste lui-même la légitimité des enfants? 543
1961. 2° Possession d'état des époux 544
1962. 3° Possession d'état des enfants. 544
1963. Preuve de cette double possession d'état. 545
1964. Comment elle peut être administrée 545
1965. 4° La possession d'état des enfants ne doit pas être contredite par leur acte de naissance 545
1966. Portée de la présomption de légitimité des enfants : elle peut être contestée elle-même. 547
1967. Il en est de même de l'existence du mariage. 547
1968. De la preuve à faire par ceux qui soulèvent ces contestations. Preuve directe. 548
1969. La preuve directe leur est-elle imposée?. 549
1970. *Troisième exception :* Preuve du mariage par le résultat d'une procédure criminelle. — De la procédure de reconstitution de l'acte de mariage. 552

(N°s) Pages
1971. Circonstances dans lesquelles il est permis d'y recourir. 553
1972. Peu importe que le rétablissement de la preuve puisse être obtenu par une autre voie 554
1973. Peu importe la personne du délinquant 554
1974. Mais il faut que la procédure établisse la preuve de la célébration de mariages déterminés 555
1975. Il faut aussi qu'un acte ait été dressé. 555
1976. De la double action née de l'infraction qui a détruit la preuve. . 556
1977. Dans quelle mesure l'action de la partie lésée se distingue ici de l'action civile proprement dite 556
1978. La reconstitution peut résulter de l'exercice de l'une ou l'autre action. — A quelles conditions : distinction 557
1979. 1re HYPOTHÈSE : L'auteur de l'infraction est en vie.— Par qui l'action peut être exercée. 557
1980. L'inaction des époux paralyse-t-elle l'action des autres personnes? 558
1981. Devant quel tribunal l'action peut être portée : juridiction répressive. 560
1982. Ne peut-elle être portée devant la juridiction civile? 560
1983. 2e HYPOTHÈSE : L'auteur de l'infraction est décédé.— Dérogation au droit commun. 562
1984. Sa portée 563
1985. Du cas où la poursuite criminelle est impossible, sans que le délinquant soit décédé 564
1986. L'action peut-elle être portée alors devant la juridiction civile? 564
1987. Effets de l'inscription du jugement de reconstitution sur les registres 566
1988. Vis-à-vis de qui cette inscription assure-t-elle les effets du mariage? Différents systèmes. 567
1989-1991. Critique 568

CHAPITRE V

DES EFFETS DU MARIAGE DANS LES RAPPORTS PERSONNELS DES ÉPOUX ET DANS LEURS RAPPORTS AVEC LEURS ENFANTS OU AVEC LEURS FAMILLES

1992. Groupement des effets du mariage. — Division 572

SECTION PREMIÈRE

DU DEVOIR D'ÉDUCATION

1993. Véritable source de ce devoir 574

I. *Sur quelles personnes pèse le devoir d'éducation.*

1994. Cette obligation incombe concurremment aux père et mère d'un enfant légitime. 574
1995. Elle incombe pareillement aux auteurs d'un enfant naturel. . . . 575
1996. Elle incombe à ces derniers pour parts égales. 576
1997. Dans quelle mesure y contribuent les parents légitimes durant le mariage. 577

(N°s) Pages

1998. Dans quelle mesure ils y contribuent après le divorce ou la séparation de corps 577
1999. A qui elle incombe après la mort de l'un des époux. 578
2000. Dans quelle mesure chacun des époux est obligé à la dette. Elle n'est ni solidaire, ni *in solidum*. 578
2001. Mais chaque époux est directement obligé pour la part qui lui incombe 579
2002. Le devoir d'éducation est indépendant du droit de puissance paternelle 579
2003. De la répétition des frais d'éducation avancés par les tiers contre les parents 580
2004. De la répétition des frais d'éducation avancés par les tiers contre les enfants 581
2005. *Quid* lorsque les tiers ont reçu mandat des parents? 582
2006. Les charges de l'éducation incombent à celui des parents qui a la jouissance légale des biens des enfants. 583
2007. Elles incombent aux enfants lorsqu'ils jouissent eux-mêmes de leurs biens 583
2008. Mais elles ne sauraient être, en principe, imputées sur leurs capitaux. 584

II. *De l'étendue du devoir d'éducation.*

2009. Son double objet. 585
2010. 1er Cas : l'enfant n'a pas de biens personnels. — Etendue de l'obligation de satisfaire à ses besoins physiques. 585
2011. Etendue de l'obligation de l'instruire : règle. 587
2012. Jusqu'à quel degré l'instruction de l'enfant doit être poussée. . . 587
2013. L'éducation doit mettre l'enfant en mesure de subvenir plus tard à ses besoins 590
2014. Intérêt de ces précisions. 591
2015. 2e Cas : l'enfant a des biens personnels. — De la mesure des frais de son éducation. 592

III. *Sanction du devoir d'éducation.*

2016. Ce devoir est une obligation civile. — Ses sanctions pénales. . . 593
2017. De l'action qui appartient à l'enfant : son exercice. 594
2018. Son exercice lorsque l'enfant est légitime et que ses deux parents sont vivants. 595
2019. Des autres personnes qui possèdent une action : la mère 596
2020. Les ascendants et le conseil de famille. 597
2021. Cette action n'appartient pas au ministère public. 597
2022. De la mesure dans laquelle le juge doit exercer son contrôle. . . 598
2023. Le devoir d'éducation n'entraine pas l'obligation de doter 598

SECTION II

DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

2024. Fondement de cette obligation en général 599

(N°s) Pages

§ I. *Des personnes entre lesquelles existe l'obligation alimentaire.*

2025. Enumération de ces personnes 601

I. *De l'obligation alimentaire entre ascendants et descendants.*

2026. Existence de cette obligation entre eux *in infinitum* 602
2027. Sa réciprocité 602
2028. Cette obligation incombe aux père et mère des enfants illégitimes. 603
2029. Incombe-t-elle aux enfants illégitimes envers leurs auteurs ? . . 603
2030. Elle ne leur incombe pas envers les ascendants de leurs auteurs. 605
2031. Elle incombe aux père et mère naturels envers les descendants légitimes de leurs enfants 605

II. *De l'obligation alimentaire entre beau-père ou belle-mère et gendre ou belle-fille.*

2032. Quelles personnes sont désignées sous ces noms. 606
2033. L'obligation est-elle restreinte au premier degré de l'alliance ? . 607
2034. Dans quels cas elle cesse : 1° convol de la belle-mère. 608
2035. Elle conserve le droit de réclamer des aliments à ses descendants. 608
2036. Le convol de la belle-mère fait-il perdre leur droit au gendre ou à la belle-fille ? 609
2037. La bru remariée conserve-t-elle son droit ? 610
2038. 2° Mort de l'époux qui produisait l'affinité, sans enfants 611
2039. *Quid* si la femme survivante était en état de grossesse, au décès de son conjoint ? 612
2040. De la dissolution du mariage par le divorce : renvoi 612

III. *De l'obligation alimentaire entre époux.*

2041. Dispositions régissant cette obligation : renvoi 612
2042. Caractère limitatif des textes relatifs à l'obligation alimentaire. . 613

IV. *Des différents caractères de l'obligation alimentaire.*

2043. Les obligés sont-ils tenus concurremment de cette dette ? — Intérêt pratique de la question. 613
2044. Discussion 614
2045. En tout cas l'obligation des époux prime, entre eux, celle de toutes autres personnes 617
2046. De l'ordre successif établi par la doctrine entre les obligés : 1° Entre conjoints 618
2047. 2° Entre les parents et les alliés. 618
2048. 3° Entre les descendants et les ascendants 619
2049. 4° Entre les descendants dans leurs rapports respectifs 619
2050. 5° Entre les ascendants dans leurs rapports respectifs. 619
2051. 6° Entre les alliés 620
2052. 7° Entre obligés de même catégorie, au point de vue de leur quote-part dans la dette 620
2053. Des conditions auxquelles la doctrine subordonne l'application de ces règles 620

(N°s) Pages
2054. L'obligation alimentaire est-elle solidaire? 621
2055-2056. L'un des obligés ne peut-il pas du moins être, à titre exceptionnel, condamné au paiement intégral de la pension, sauf son recours? 623
2057. L'obligation alimentaire est-elle indivisible? 626
2058. Est-elle à la fois solidaire et indivisible? 627
2059. Du véritable caractère de cette obligation 627
2060. Comment les facultés des divers obligés doivent être évaluées. . 628
2061. L'obligation alimentaire est-elle transmissible aux successeurs universels? 628
2062. Des difficultés qui dériveraient de sa transmissibilité 630
2063-2064. Des conditions auxquelles elle devrait être subordonnée : différents systèmes 632

§ II. *De la naissance de l'obligation alimentaire et de son étendue.*

I. *Des conditions auxquelles on peut s'en prévaloir.*

2065. Double condition 633
2066. Première condition : preuve du besoin. — Comment se fait cette preuve 634
2067. Comment doit être apprécié le besoin 634
2068. Quand le demandeur doit être réputé hors d'état de se suffire par son travail 635
2069. A quels signes se reconnaît l'insuffisance de ses ressources . . . 636
2070. Pouvoir d'appréciation du juge. 637
2071. Le demandeur n'est pas tenu de faire abandon de ses biens . . . 638
2072. Son droit ne dépend pas des circonstances dans lesquelles le besoin se manifeste 638
2073. Il persiste quels que soient ses torts envers l'obligé. 639
2074. Persiste-t-il lorsqu'il a commis envers lui un des faits d'indignité de l'art. 727?. 639
2075. Il persistait, avant la loi du 31 mai 1854, lors même que le créancier était atteint de mort civile. 640
2076. Deuxième condition : existence des facultés de l'obligé. — Comment elles s'apprécient. 641

II. *De l'étendue de l'obligation alimentaire.*

2077. Comment se détermine sa consistance. 641
2078. L'obligation n'entraîne pas avec elle celle de payer les dettes du pensionnaire 642
2079. Maintien de la règle quant aux dettes contractées pour faire face à des besoins alimentaires 642
2080. Exception quant aux dettes contractées avant que la demande de pension ait pu être formée 643
2081. Action en répétition des tiers qui ont fait des fournitures 643
2082. Action en répétition des tiers qui ont entretenu une personne. . 644
2083. A quelle époque elle peut être exercée. 644
2084. Cette action cesse lorsque les tiers ont agi par pure libéralité . . 644
2085. Le pensionnaire ne jouit pas, vis-à-vis de l'obligé, de l'ancien bénéfice de compétence 645

(Nos) Pages

§ III. *Des modes d'exécution de l'obligation alimentaire.*

I. *Mode normal de son exécution : la pension alimentaire.*

2086. Dans quelle mesure valent les règlements amiables intervenus entre les parties 646
2087. A défaut de ces règlements, comment les aliments sont fournis : la pension. 646
2088. Le débiteur n'est pas tenu de constituer un capital pour assurer le service de la pension 647
2089. Fixation des modes de paiement de la pension 647
2090. Le mode de service de la pension ne doit pas porter atteinte à la liberté du créancier 647
2091. Le débiteur peut-il être tenu de fournir des sûretés spéciales ? . 648
2092. Sort de ces sûretés au cas où il en serait fourni 649

II. *Modes d'exécution exceptionnels.*

2093. Première exception : impossibilité pour le débiteur de servir une pension 650
2094. Les père et mère eux-mêmes peuvent être tenus, en ce cas, d'héberger leur enfant. 651
2095. Du service des aliments en nature, au domicile du débiteur . . . 651
2096. Deuxième exception : droit particulier des père et mère vis-à-vis de leurs enfants 652
2097. Cette faveur n'appartient qu'à eux. 652

III. *De la variabilité du contenu de l'obligation.*

2098. Caractère provisoire des règlements relatifs à cette obligation . . 653
2099. Dans quelle mesure ils peuvent être modifiés, à la requête des obligés 653
2100. Dans quelle mesure ils peuvent être modifiés, à la requête du pensionnaire 655
2101. Peu importe la nature de ces règlements 655
2102. Dans quelle mesure ils sont définitifs. 656
2103. Le débiteur ne saurait en aucun cas répéter les aliments contre le pensionnaire 656
2104. Les pensions alimentaires arréragent-elles ? 656
2105. Différences entre la dette légale d'aliments et la dette conventionnelle 658
2106. A quels signes on peut les distinguer. 659

IV. *Caractères généraux des pensions alimentaires.*

2107. Exceptions faites en faveur des pensions, notamment à l'insaisissabilité des pensions de retraite. 659
2108. Insaisissabilité des pensions alimentaires. 660
2109. Cessibilité des arrérages à échoir pour paiement de fournitures . 661
2110. Le droit aux aliments est-il cessible lui-même ? 661
2111. Compétence des juges de paix en matière de pensions 661

(N°s) Pages

SECTION III

DES EFFETS GÉNÉRAUX DU MARIAGE DANS LES RAPPORTS DES ÉPOUX ENTRE EUX OU AVEC LEURS FAMILLES, ET DES DROITS ET DES DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX

2112. Division de ces effets 664

§ I. *Des effets généraux du mariage.*

2113. De la communauté d'existence des époux 665
2114. De la communauté de nom : est-elle légale ? 665
2114 *bis*. Le mari peut-il prendre le nom de sa femme, en le joignant au sien ? 667
2115. De l'affinité ou alliance 667
2116. L'alliance ne procède que du mariage 667
2117. Mais elle peut être naturelle en un certain sens 667
2118. Des effets de l'adoption quant à l'alliance. 667
2119. Quelles personnes sont alliées. 668
2120. Des degrés et des lignes d'alliance 668
2121. L'alliance est-elle rompue par la mort de l'un des époux sans enfants ? 669
2122. Effets de l'alliance 669

§ II. *Des droits et des devoirs communs aux deux époux.*

2123. Enumération 670
2124. I. *Devoir de fidélité*. Situation respective des époux sous ce rapport. 670
2125. II. *Devoir d'assistance*. En quoi il consiste. 672
2126. III. *Devoir de secours*. Son étendue. 672

N° 1. DU DEVOIR DE SECOURS DU VIVANT DES DEUX ÉPOUX

2127. Historique 672
2128. Caractère contractuel de ce devoir 673
2129. Comment cette obligation s'acquitte tant que dure la vie en commun. 674
2129 *bis*. Quel effet a, sous ce rapport, l'interdiction judiciaire du mari ?. . 674
2129 *ter*. Cas où l'un des époux refuse de subvenir aux charges du ménage 675
2129 *quater*. Du droit de l'autre époux de faire saisir-arrêter et de toucher sa part contributoire. 675
2129 *quinquies*. Procédure d'exercice de ce droit 676
2130. Comment l'obligation s'acquitte après la séparation de corps : renvoi. 678
2131. Comment elle s'acquitte lorsque la séparation des époux est amiable. 678
2132. Ce que devient cette obligation lorsque l'un des époux fait cesser la vie en commun. 679
2133. Condition à laquelle l'époux abandonné est affranchi de cette obligation. 679
2134. Il peut lui-même réclamer des aliments à son conjoint 680

(Nos) Pages
2135. L'époux qui a quitté le domicile conjugal ne le peut-il pas aussi? Cas où il a été chassé de ce domicile 680
2136. Cas où il a voulu se soustraire à de mauvais traitements 681

N° 2. Du devoir de secours après le décès de l'un des époux

2137. Historique 684
2138. Fondement de ce devoir. 685
2139. Réforme réalisée par la loi du 9 mars 1891 686
2140. Caractère du droit de l'époux survivant 687
2141. Conditions auxquelles est subordonnée sa naissance. 688
2142. *Quid* au cas où cet époux est l'unique successeur de son conjoint? 688
2143. Dans quel délai le droit doit être exercé 689
2144. A quelle époque doit remonter l'existence du besoin de l'époux . 689
2145. Le droit persiste malgré les torts de cet époux envers son conjoint. 690
2146. Comment doit être déterminé le montant du secours 690
2147. Ce secours peut être réduit si les besoins de l'époux diminuent . 691
2148. Peut-il être augmenté à raison de l'accroissement de valeur des biens héréditaires ? 691
2149. Peut-il l'être à raison de l'accroissement des besoins de l'époux? 691
2150. Comment les successeurs universels du défunt sont tenus de cette dette 692
2151. Sur quels biens ils en sont tenus 693
2152. De la réduction des legs particuliers 694
2153. Comment la dette doit être acquittée. 694
2154. Des garanties de l'époux. 694
2155. Comment le service de la pension prend fin 695
2156. Des événements qui ne l'arrêtent pas 695

§ III. *Des droits et des devoirs particuliers à chacun des époux.*

2157. Ce que peut ou doit être la situation respective des époux en législation. 696
2157 *bis*. Division du sujet. 700

I. *De la situation respective des époux dans le mariage.*

2158. Primauté du mari 700
2159. Son devoir de protection 701
2160. Devoir d'obéissance de la femme : son étendue 701
2161. Du contrôle du pouvoir judiciaire. 702

II. *Du devoir de cohabitation.*

2162. A quelles conditions il existe 702
2163. Son caractère absolu en principe 703
2164. Dans quelles circonstances il cesse. 703
2165. Il cesse encore quand le mari manque gravement à ses devoirs envers la femme 704
2166. Sanction de ce devoir. — Observation générale 705
2167. Le juge jouit-il, pour le sanctionner, d'un pouvoir discrétionnaire? 706

(N°s) Pages

2168. Le mari peut refuser des aliments à la femme qui a quitté le domicile conjugal . . . 706
2169. Peut-il être autorisé à saisir les revenus personnels de celle-ci ? 707
2170. Peut-il la faire déchoir des avantages que lui confèrent les conventions matrimoniales ? . . . 708
2171. Peut-il la faire condamner à des dommages-intérêts par chaque jour de retard ? . . . 708
2172. Peut-il être autorisé à employer la force publique ? . . . 709
2173. De la sanction du devoir de cohabitation à l'égard du mari . . . 712
2174. A quelles conditions est subordonné l'emploi de ces moyens, s'il est légitime . . . 712

III. *De l'autorisation maritale et de l'incapacité de la femme mariée.*

2175. Historique . . . 713
2176. Fondement de l'incapacité de la femme mariée . . . 714
2177. Caractère des dispositions relatives à cette incapacité . . . 716
2178. Influence des conventions matrimoniales sur cette incapacité . . . 717
2179. A quelle époque commence l'incapacité . . . 717
2180. A quelle époque elle cesse . . . 718

N° 1. ETENDUE DE L'INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE

2181. Généralité de cette incapacité . . . 718

1. Actes judiciaires.

2182. Caractère général de la nécessité pour la femme d'être autorisée à ester en justice . . . 718
2183. Cette autorisation lui est nécessaire : 1° quel que soit son régime matrimonial . . . 719
2184. 2° Devant quelque juridiction et à quelque degré que ce soit . . . 719
2185. 3° Quel que soit son rôle dans l'instance . . . 720
2186. 4° Quelle que soit la partie adverse . . . 720
2187. Application à la constitution de partie civile dans une poursuite en adultère et aux demandes en nullité de mariage . . . 721
2188. 5° Quels que soient la nature et l'objet du litige . . . 721
2189. Applications : *a.* A la procédure d'ordre . . . 722
2190. *b.* A la demande en interdiction du mari . . . 722
2191. *c.* A la demande en interdiction de la femme . . . 723
2192. *d.* Aux poursuites en expropriation des biens de la femme . . . 723
2193. *e.* A l'expropriation pour cause d'utilité publique . . . 723
2194. *f.* A la continuation d'un procès entamé avant le mariage . . . 724
2195. *g.* A l'exercice des droits de la femme par ses créanciers . . . 724
2196. Exceptions à la règle en matière civile . . . 724
2197. Exception à la règle en matière criminelle : motifs de cette exception . . . 725
2198. Sa portée . . . 726
2199. Dans quel cas elle est applicable : elle l'est quand l'action est exercée par le ministère public . . . 727
2200. Elle ne l'est pas lorsque l'action civile est portée devant la juridiction civile . . . 727

(N°s) Pages

2201. Elle l'est lorsque cette action est portée accessoirement à l'action publique devant la juridiction répressive. 727
2202. *Quid* lorsque l'action est exercée par voie de citation directe ?. . 728

2. Actes extrajudiciaires.

2203. Caractère général de l'incapacité de la femme sous ce rapport. . 729

a. *La règle générale.*

2204. Influence des conventions matrimoniales. Renvoi. 731
2205. La femme ne peut pas sans autorisation disposer à titre onéreux ou à titre gratuit. 731
2206. La femme ne peut pas sans autorisation acquérir, à quelque titre que ce soit 732
2207. La femme ne peut pas sans autorisation s'obliger par contrat. . . 732
2208. Elle est soumise aux obligations qui naissent indépendamment de la capacité de l'obligé. 733
2209. Des obligations qui dérivent de l'autorité de la loi. 733
2210. De l'obligation *de in rem verso*. 734
2211. Des obligations qui naissent d'un quasi-contrat. — Application à la gestion d'affaires entreprise par un tiers pour le compte de la femme 734
2212. Application à la gestion entreprise par la femme 735
2213. Application au paiement de l'indû 736
2214. Des obligations qui naissent d'un délit ou d'un quasi-délit 736
2215. De la capacité de la femme quant aux actes conservatoires. . . . 737
2216. De sa capacité quant à certains droits propres de la femme. . . . 737
2217. 1° Quant aux droits de la mère vis-à-vis de ses enfants 738
2218. Faculté pour elle de reconnaître des enfants naturels 738
2219. 2° Quant au droit de révoquer les donations entre-vifs qu'elle a faites à son mari 739
2220. 3° Quant au droit de faire un testament ou de le révoquer 739
2221. 4° Quant au droit de régler ses funérailles. 740
2222. 5° Quant au droit de révoquer un mandataire 740
2223. Capacité de la femme d'accepter un mandat. 740
2224. Influence possible des conventions matrimoniales sur son incapacité 740
2225. Particularités relatives à la femme transportée, concessionnaire de terrains dans les colonies pénitentiaires 741
2226. Transition 741

b. *Les exceptions. La loi du 13 juillet 1907.*

2226 I. Capacité de la femme mariée pour les versements aux caisses d'épargne ou de retraites 742
2226 II. Conséquences de l'ancienne incapacité de la femme mariée quant aux revenus de son travail 743
2226 III. Principe général de la réforme réalisée par la loi 13 juillet 1907. 744
2226 IV. Caractères généraux de cette loi : 1° elle est d'ordre public . . . 746
2226 V. 2° Elle s'applique même aux femmes mariées avant sa mise en vigueur. 746
2226 VI. 3° Elle s'applique quel que soit le régime matrimonial des époux. 746

(N°s) Pages

2226 VII. Dans quelle mesure cette loi a relevé la femme de son incapacité. Principe 747
2226 VIII. Sur quels biens porte l'extension de la capacité de la femme. « Biens réservés » 747
2226 IX. Ces biens comprennent même ceux qui ont été acquis en représentation des biens acquis par son travail 748
2226 X. Mais ils ne comprennent pas les produits du travail de la femme avant le mariage 749
2226 XI. Comment la femme justifie de la provenance de ces biens 750
2226 XII. Etendue de la capacité de la femme relativement aux biens réservés 750
2226 XIII. Etendue de cette capacité relativement à certaines facultés spéciales 751
2226 XIV. La loi n'a pas modifié la capacité de la femme quant à l'exercice d'une profession 752
2226 XV. Des justifications qui doivent être fournies aux tiers avec qui traite la femme 752
2226 XVI. Cas dans lesquels ces justifications seraient insuffisantes 753
2226 XVII. Du retrait des pouvoirs accordés par la loi à la femme 754
2226 XVIII. Comment la procédure du retrait peut être accélérée 755
2226 XIX. Du sort des biens réservés. Renvoi 756

N° 2. DES CONDITIONS AUXQUELLES LA FEMME MARIÉE EST RELEVÉE DE SON INCAPACITÉ

2227. Principe 756

1. Conditions de forme de l'autorisation du mari.

2228. Caractère actuel de cette autorisation 756
2229. Peut-elle être simplement tacite? 757
2230. 1° *De l'autorisation donnée par écrit.* — De quelle nature doit être l'écrit 759
2231. Dans quelle mesure est prohibé l'emploi de la preuve testimoniale 760
2232. L'autorisation ne peut-elle être prouvée par l'aveu ou le serment? 760
2233. Formes spéciales du consentement donné au cours d'un voyage maritime ou par un militaire dans certaines circonstances . . 762
2234. L'autorisation ne doit pas nécessairement être mentionnée dans l'acte passé par la femme 762
2235. 2° *De l'autorisation résultant du concours du mari à l'acte.* — De quoi elle résulte : principe 762
2236. PREMIÈRE CONDITION : il suffit que le mari ait assisté à l'acte, à un titre et pour un objet quelconques 763
2237. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait figuré dans son propre intérêt . 764
2238. Mais sa présence à l'acte ne doit pas être purement matérielle. . 766
2239. DEUXIÈME CONDITION : il faut que le mari ait eu connaissance du rôle joué par sa femme 766
2240. De la preuve du concours du mari à l'acte 766
2241. L'autorisation tacite peut-elle résulter d'autres faits que de ce concours? 767

(N°s) Pages

2242. Ces conditions de forme sont-elles exigées pour les actes judiciaires?. 769

2. Conditions de fond de l'autorisation du mari.

2243. De la spécialité de l'autorisation. — Comment on l'entendait dans l'ancien droit 770
2244. Fondement du principe de la spécialité 771
2245. Il faut d'abord que l'acte autorisé soit déterminé dans sa nature. 772
2246. Il faut ensuite qu'il soit déterminé dans son objet. 772
2247. 1°-3° Applications diverses 772
2248. 4° Application à l'autorisation donnée par un mandataire du mari. 774
2249. 5° Application à l'autorisation résultant de l'acceptation par le mari d'un mandat donné par la femme. 774
2250. Faut-il enfin que les principales conditions de l'acte soient déterminées? 776
2251. Le mari peut donner son autorisation à la fois à plusieurs actes. 778
2252. Distinction de l'autorisation et du mandat donné à la femme par le mari 778
2253. Exception au principe de la spécialité, relative au droit d'administration de la femme 779
2254. Interdiction de l'autorisation générale accordée à la femme par le contrat de mariage relativement aux actes de disposition. 780
2255. Exception apportée au principe en matière commerciale : sa raison d'être. 781
2256. *Des conditions auxquelles la femme mariée peut être autorisée à faire le commerce.* — Elles ne sont pas exigées de la femme qui aide le mari dans son commerce. 782
2257. Elles le sont dès qu'elle fait un commerce distinct de celui de son mari 783
2257 *bis*. Comment se fait la preuve que cette condition est remplie 783
2258. Elles ne le sont pas si elle fait accidentellement des actes de commerce. 784
2259. L'autorisation du mari peut être, à titre exceptionnel, simplement tacite. 784
2260-2261. La femme peut-elle être autorisée par la justice, à défaut du mari? Théorie généralement adoptée 785
2262. Objection 787
2263. Divergences entre les partisans de la théorie générale 788
2264. Des cas où le consentement du mari est insuffisant à lui seul. — Minorité du mari. 789
2265. Minorité de la femme 790
2266. Minorité des deux époux. 790
2267. Mari pourvu d'un conseil judiciaire 791
2267 *bis*. Ces règles n'ont nullement été modifiées par la loi du 13 juillet 1907. 791
2267 *ter*. N'a-t-elle pas modifié le pouvoir du mari de révoquer son autorisation?. 791
2268. *Effets de l'autorisation donnée à la femme de faire le commerce.* — Son incapacité n'existe plus en matière judiciaire. 792

(N°s) Pages

2269. Son incapacité en matière extra-judiciaire. Principe général . . 793
2269 *bis*. Etendue de la capacité de la femme quant aux actes relatifs à son négoce 794
2269 *ter*. Difficulté spéciale en cas de stipulation du régime dotal 795
2270. Applications de la règle : relativement à la transaction et au compromis 796
2271. Relativement aux actes nécessités par son installation 796
2272. Relativement au cautionnement 797
2273-2274. Relativement à la formation d'une société commerciale. 798
2275. A quelles industries s'applique l'autorisation générale donnée à la femme 800
2276. Du caractère présumé des actes accomplis par la femme 801
2277. Comment peut être renversée cette présomption 803
2277 *bis*. Du caractère présumé des actes accomplis par la femme en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi de 1907. 804
2278. Des effets des actes de la femme par suite des conventions matrimoniales 804

3. De l'autorisation de justice.

A. Des cas dans lesquels elle est susceptible d'intervenir.

2279. *Du refus d'autorisation.* — Règle 805
2280. *De l'impossibilité où peut être le mari d'autoriser sa femme.* — Ses différentes causes 806
2281. 1° *Absence du mari.* — Faut-il y assimiler sa non-présence ? . . 806
2282. 2° *Minorité du mari.* — Dans quelle mesure le mari est alors incapable d'autoriser. 807
2283. Minorité de la femme. — Combinaison des différentes règles . . 808
2284. 3° *Interdiction judiciaire et aliénation mentale du mari.* — *Quid* lorsque le mari, sans être interdit, est interné? 809
2285. *Quid* lorsqu'il est simplement en état de démence?. 809
2286. Du cas où la femme est tutrice de son mari interdit 810
2287. Du cas où le mari est pourvu d'un conseil judiciaire 811
2288. Du cas où la femme est elle-même interdite ou pourvue d'un conseil judiciaire 812
2289. 4° *Condamnation du mari à une peine afflictive ou infamante.* — Caractère temporaire de l'incapacité du mari. 813
2290. Reste-t-elle temporaire malgré la dégradation civique? 814
2291. *Quid* au cas où la condamnation est par contumace ? 815
2292. Capacité du mari en dehors des cas prévus par la loi 815
2293. Peut-il autoriser la femme, lorsque l'acte l'intéresse personnellement?. 815
2294. Des cas où l'autorisation supplétive du juge est insuffisante . . . 819
2295. La justice peut-elle autoriser la femme à se livrer à une profession non commerciale? 819

B. De la procédure à suivre pour obtenir l'autorisation de justice.

2296. Distinctions 822

(N°s) Pages

a. *En matière judiciaire.*

2297. Du cas où la femme est demanderesse et où son mari refuse de l'autoriser 822
2298. Quel tribunal est compétent pour l'autoriser. 822
2299. Règles exceptionnelles résultant des lois sur les justices de paix et les conseils de prudhommes 823
2299 *bis*. *Quid* lorsqu'il s'agit d'autoriser la femme à interjeter appel ou à se pourvoir en cassation ? 824
2300. Du cas où le mari ne peut autoriser, par suite d'absence, d'interdiction ou de condamnation. 825
2301. Du cas où le mari ne peut autoriser parce qu'il est mineur ou pourvu d'un conseil judiciaire 826
2302. Du cas où la femme est défenderesse. 826
2303. De la compétence du tribunal saisi du litige. 827
2304. Qui doit provoquer alors l'autorisation 828
2305. Du cas où la femme défenderesse ne peut être autorisée par le mari. 828
2306. L'autorisation du tribunal doit-elle être explicite?. 829
2307. Le tribunal est-il libre de refuser son autorisation? 829

b. *En matière extrajudiciaire.*

2308. Formes de l'autorisation de justice 830
2309. L'autorisation de justice doit être spéciale; des pouvoirs du juge. 831

N° 3. Des effets de l'autorisation.

2310. Ses effets par rapport à la femme : principe 832
2311. De l'étendue de son habilitation : règle pour la déterminer. . . . 832
2312. Cette étendue ne saurait être modifiée. — Applications. 833
2313. Application à la transaction 833
2314. Application au désistement 833
2315. Application à l'acquiescement. 834
2316. Application au serment décisoire. 834
2317. Application à l'aveu 835
2318. Extension de l'autorisation aux antécédents et aux suites nécessaires de l'acte. 835
2319. Application au préliminaire de conciliation 836
2320. Application à l'exécution d'un jugement 836
2321. Application à l'opposition à un jugement de défaut 837
2322. Applications aux voies de recours ordinaires ou extraordinaires. — Cas où l'autorisation a été limitée à un degré de juridiction. 837
2323-2324. Cas où elle n'a pas été limitée : que vaut l'autorisation générale de plaider? 838
2325. Divergences entre les auteurs. 840
2326. De l'autorisation de procéder sur une demande en séparation de biens ou de corps. 842
2327. La femme doit-elle être autorisée pour ne pas interjeter appel?. . 843
2328. Effets de l'autorisation qu'il a donnée à l'égard du mari : elle ne l'engage pas, en principe. 843

(N°s)		Pages
2329.	Cas dans lesquels il est obligé par le jeu des conventions matrimoniales : régime de communauté.	843
2330.	Cas dans lesquels il est obligé par le jeu des conventions matrimoniales : autres régimes.	844
2331.	Cas dans lesquels il est obligé par suite de son enrichissement.	844
2332.	Effets de l'autorisation de justice à l'égard du mari : elle ne l'oblige pas en principe.	845
2333.	Elle ne l'oblige même pas lorsqu'il n'a pu autoriser lui-même	845
2334.	De la révocation de l'autorisation.	846
2335.	A quel moment elle peut être révoquée	846
2336.	Révocation de l'autorisation de faire le commerce. Renvoi.	847
2337.	Révocation de cette autorisation lorsqu'elle a été donnée par contrat de mariage.	847
2338.	Sa révocation dans le même cas quand elle s'appliquait à la continuation d'un commerce	847
2339.	Le mari peut-il révoquer l'autorisation de justice accordée sur son refus?	848
2340.	Le mari peut-il révoquer l'autorisation de justice accordée à défaut de la sienne?	848
2341.	Dans quelles formes la révocation doit avoir lieu en ce dernier cas.	849
2342.	Effets de la révocation.	849

N° 4. Des effets du défaut d'autorisation

2343.	Caractère relatif de la nullité qui en dérive	850
2344.	Des personnes qui peuvent s'en prévaloir : 1° la femme.	851
2345.	2° le mari.	851
2346.	Sous quelles conditions il peut s'en prévaloir	851
2347.	3° les héritiers des époux. — *Quid* des héritiers du mari?	852
2348.	4° les créanciers ou ayants cause des époux ou de leurs héritiers. — Créanciers de la femme.	852
2349.	*Quid* des créanciers du mari ?	854
2350.	Créanciers des héritiers des époux	854
2351.	La nullité ne peut être invoquée en aucun cas par les tiers.	854
2352.	Quelles personnes doivent être considérées comme des tiers. — *Quid* de l'acquéreur d'un immeuble sur lequel la femme a formé une surenchère?	855
2353.	*Quid* du tiers détenteur de l'immeuble qu'elle a hypothéqué?	855
2354.	*Quid* de la partie qui plaide contre la femme ?.	856
2355.	De la fin de non-procéder que la partie peut opposer à celle-ci.	856
2356.	Effets de l'autorisation donnée à la femme après le commencement de la procédure	857
2357.	L'adversaire de la femme peut-il réparer les vices de sa propre procédure?	857
2358.	Des garanties que peuvent prendre les tiers. Renvoi	858
2359.	Sous quelles formes on peut se prévaloir de la nullité	859
2360.	De la charge de la preuve quant à la validité des actes de la femme.	859
2361.	Ces actes sont annulables indépendamment de toute lésion.	859

(N°s) Pages

2362. A quel moment la nullité d'un acte extrajudiciaire peut être proposée 859
2363. Elle ne peut être déclarée d'office. 860
2364. Des voies de recours contre les jugements rendus contre une femme non autorisée. 860
2365. A quel moment peut être proposé ce moyen. 861
2366. De la tierce-opposition et de la requête civile 862
2367. La nullité est susceptible de se couvrir par une confirmation. . . 862
2368. De la confirmation émanée des deux époux 862
2369. De la confirmation du mari : est elle opposable à la femme ? Solution de la négative. 862
2370. Solution de l'affirmative. — Critique de ses arguments : l'ancien droit 864
2371. Les travaux préparatoires 865
2372. Les textes et les principes. 867
2373. Dans quels cas cette confirmation serait certainement inopposable à la femme 868
2374. De la confirmation de la femme intervenue après l'extinction de l'autorité maritale 869
2375. De la confirmation de la femme intervenue pendant le mariage avec la seule autorisation du juge. 869
2376. De la confirmation expresse ou tacite. 870
2377. De la prescriptibilité de l'action en nullité. 870
2378. Des fins de non-recevoir opposables à cette action. — Cas du mariage secret 871
2379. Cas où la femme a employé des manœuvres frauduleuses pour faire croire à sa capacité. 871
2380. Cas où elle n'a commis qu'un simple mensonge 871
2381. Cas où elle passait dans le public comme n'étant pas mariée. Hypothèse où elle a accrédité l'erreur commune 872
2382. Hypothèse où elle l'a partagée ou ne l'a pas provoquée par son attitude. 873

CHAPITRE VI

DES CAUSES DE DISSOLUTION DU MARIAGE ET DES SECONDS MARIAGES

2383. Objet de ce chapitre. 874
2384. Enumération des causes de dissolution du mariage 874
2385. Distinction de la dissolution et de l'annulation 874
2386. Du délai de viduité imposé à la femme veuve : ses motifs 875
2387. Comment il se compte. 876
2388. Il doit être observé même lorsque la confusion de part n'est pas à craindre 876
2389. Du délai de viduité en cas de dissolution du mariage par le divorce. — 1er cas : divorce prononcé directement 877
2389 *bis*. 2e cas : Conversion de la séparation de corps en divorce 878
2389 *ter*. Le délai de viduité doit-il être observé en cas d'annulation du mariage? 879
2390. Effets des seconds mariages. 879

(Nos) Pages

APPENDICE

CONFLITS DES LOIS RELATIVES AU MARIAGE

2391. Dans quelles conditions ils naissent 880

I. *Conditions intrinsèques d'existence ou de validité du mariage.*

2392. Principe de solution. 881

II. *Conditions extrinsèques d'existence ou de validité du mariage.*

2393. Principe de solution. 882

III. *Sanction des conditions de forme ou de fond du mariage.*

2394. Principe de solution 882
2395. Application au droit d'opposition 883
2396. Application aux causes d'inexistence ou de nullité et à leurs effets 883
2397. Application au droit du ministère public d'exercer l'action en nullité 884
2398. Application à la fin de non-recevoir résultant de l'art. 196 885
2399. Application aux effets de l'annulation et au mariage putatif. . . . 885

IV. *De la preuve du mariage.*

2400. Principe de solution 886

V. *Des effets du mariage quant aux personnes.*

2401. Principe de solution 886
2402. Critique des autres théories. 887
2403. Application du principe aux devoirs de fidélité, secours, assistance et cohabitation. 888
2404. Application du principe à la sanction de ces devoirs. 888
2405. Application du principe à la situation respective des époux dans le mariage : règle 889
2406. Application de la règle à la capacité de la femme mariée. 890
2407. Application du principe au devoir d'éducation. 891
2408. Application du principe à l'obligation alimentaire. 892
2409. Du cas où le créancier et le débiteur sont de nationalités différentes. 893
2410. Influence des changements de nationalité des époux quand ils sont collectifs 893
2411. Influence des changements de nationalité quand ils sont personnels à la femme 894
2412. Influence des changements de nationalité quand ils sont personnels au mari 894
2413. Influence des changements de nationalité des parties quant à l'obligation alimentaire 895

TABLE

DES TEXTES DE LOIS

EXPLIQUÉS DANS LE TOME III

I. CODE CIVIL

Articles	Numéros
63	1569 à 1575, 1581, 1605.
64	1576, 1580 et 1581, 1846.
65	1582, 1846.
66	1650 et 1651, 1656 à 1658.
67	1585, 1659, 1663.
68	1585, 1659 à 1671.
69	1585, 1657.
70	1583 et 1584, 1871.
71	1584.
72	1584.
73	1487 et 1488, 1493, 1857.
74	1577, 1588 à 1592, 1595.
75	1447, 1593 à 1600, 1694, 1872, 1873, 1874.
76	1601, 1657, 1874.
97	1611.
144	1435, 1438 à 1440.
145	1436 et 1437.
146	1442 à 1447, 1682, 1691, 1709, 1713, 1720 à 1724, 1906 à 1909.
147	1550 à 1552, 1836 à 1840.
148	1454 à 1458, 1483 et 1484, 1486, 1492 à 1495, 2217.
149	1459 à 1466.
150	1470 à 1476, 1483 et 1484, 1486, 1492 à 1495.
151	1500 à 1502, 1505 à 1508.
152	1456, 1473.
153	1469.
154	1510 à 1533, 1587.
155	1460, 1461, 1470, 1478, 1501 et 1502.
156	1458, 1791 à 1795, 1859.
157	1792, 1859.
158	1479 et 1482.
159	1480 à 1482, 1485, 1486, 1488, 1492 à 1495, 1772 et 1773.
160	1477 et 1478, 1485, 1487, 1492 à 1495.
161	1536, 1543 à 1546, 1548, 1841.
162	1537, 1543 à 1546, 1548, 1841.
163	1538 à 1540, 1841.
164	1541 et 1542.
165	1577, 1588 à 1592, 1593.
166	1577, 1588, 1590, 1605 et 1606.
167	1577, 1588, 1590, 1605 et 1606.
168	1577 à 1579, 1605 et 1606.
169	1573.
170	1602 à 1606, 1863 à 1870, 2392 et 2393.
171	1612 à 1614, 1875 à 1877.
172	1630.
173	1631 à 1637.
174	1638 à 1642, 1645 et 1646.
175	1643 et 1644.
176	1652 à 1655.
177	1668.
178	1668.
179	1669, 1672 à 1678.
180	1683, 1686, 1709 à 1749, 1884, 1888.

Articles.	Numéros
181	1750 à 1763.
182	1764 à 1777, 1870, 1885, 1888.
183	1778 à 1790, 1869 et 1870.
184	1796 à 1799, 1801 à 1805, 1808, 1817 à 1820, 1860, 1886, 2397.
185	1819, 1821 à 1831.
186	1799, 1801, 1804, 1831 à 1835.
187	1706, 1806 à 1808.
188	1800.
189	1839.
190	1809 à 1816.
191	1695, 1796 à 1799, 1801 à 1805, 1808, 1811, 1817 à 1820, 1842, 1843 à 1848, 1849 à 1855, 1867 et 1868.
192	1843, 1855, 1862.
193	1818, 1843 à 1848, 1851, 1855, 1859, 1867 et 1868.
194	1695, 1941 et 1942, 1945 à 1947, 1955, 2400.
195	1943 à 1945, 1955.
196	1763, 1836, 1848, 1869 et 1870, 1948 à 1953, 2398, 2400.
197	1956 à 1969.
198	1885, 1970 à 1991.
199	1970 à 1991.
200	1970 à 1991.
201	1898 à 1939, 2399.
202	1898 à 1939, 2399.
203	1993 à 2022, 2107, 2407.
204	2023, 2407.
205	1923, 1929, 2026 à 2031, 2041, 2042, 2043 à 2064, 2107, 2139 à 2156, 2408 et 2409, 2413.
206	2032 à 2040, 2042, 2043 à 2064, 2107, 2408 et 2409, 2413.
207	2027, 2029, 2031, 2032, 2036 à 2038, 2107.
208	2057, 2059, 2065 à 2085, 2086 à 2092, 2146.
209	2092, 2098 à 2106, 2147 à 2149, 2155.
210	2087, 2093 à 2095, 2099.
211	2087, 2094, 2096 et 2097, 2099.
212	1923, 1929, 2041, 2045 et 2046, 2123 à 2136, 2140, 2403 et 2404.
213	2158 à 2161.
214	2107, 2131 à 2136, 2162 à 2174, 2403 et 2404.
215	1698, 2176 à 2180, 2182 à 2196, 2242, 2268, 2293, 2310 et 2311, 2313 à 2327, 2404 et 2406, 2410 à 2412.
216	2197 à 2202.
217	2203 à 2226, 2228 à 2242, 2293, 2295, 2310 à 2312, 2328 à 2342, 2405 et 2406, 2410 à 2412.
218	2279, 2297.
219	2279, 2298, 2308.
220	2188, 2247, 2255 à 2278, 2329, 2336, 2338.
221	2289 à 2291, 2300.
222	2281, 2284 à 2288.
223	2204, 2243 à 2254, 2337.
224	2282 et 2283.
225	1933, 2343 à 2382.
226	2219.
227	2384 et 2385.
228	1553, 1861, 1894, 2386 à 2390.
296	1861, 2386.
297	1861, 2386.

II. CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Articles.	Numéros
48	2319.
83	2270, 2294.
378	2119.
474	2366.
480	2366.
581	2108 à 2110.

Articles.	Numéros.	Articles.	Numéros.
861	2261, 2268, 2281, 2297 à 2299, 2302 à 2309, 2339 à 2341.	865	2196, 2326.
		875	2196.
		878	2196, 2326.
862	2281, 2297 à 2299, 2302 à 2309.	883	1485.
		1003	2270.
863	2281, 2300 à 2309.	1004	2294.
864	2300 à 2309.		

III. CODE DE COMMERCE

Articles.	Numéros	Articles.	Numéros
2	2265 et 2266.	7	2188, 2255, 2269 à 2277.
4	2255, 2259 à 2267.	113	2258 *bis*.
5	2188, 2255, 2256 à 2258, 2269 à 2278, 2336.	638	2276 et 2277.

IV. CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE

Articles.	Numéros	Articles.	Numéros
67	2201.	182	2202.
145	2202.	359	2201.

V. CODE PÉNAL

Articles	Numéros	Articles.	Numéros
29	1465, 1559.	199 et 200	1418.
34	2290.	324	2124.
193	1458, 1498, 1791 à 1795, 1859.	337	2124.
		339	2124.
194	1861, 2386.	340	1550.
195	1794, 1795, 1859.		

VI. LOIS SPÉCIALES

	Numéros
Ord. de février 1556 (consentement des parents)	1402, 1451, 1499
Ord. d'Orléans de 1560 (liberté du mariage)	1405
Ord. de Moulins de février 1566 (preuve du mariage)	1407
Ord. de Blois, de mai 1579 (consentement des parents)	1402, 1451, 1471, 1717
— (publications)	1403, 1568, 1573
— (liberté du mariage)	1405
— (célébration du mariage)	1406
— (preuve du mariage)	1407, 1944
Edit de Melun de 1580 (consentement des parents)	1451
Edit de Nantes de 1598 (mariage des réformés)	1413
Déclaration d'août 1606 (sénatus-consulte Velléien)	2175
Edit de décembre 1606 (célébration du mariage)	1406
Ord. de 1629 (célébration du mariage et consentement de la famille)	1406, 1471

Numéros

Ord. de 1629 (preuve du mariage) 1407
Ord. du 26 novembre 1639 (consentement de la famille et sommations respectueuses). 1402, 1451, 1471, 1499, 1716
Ord. du 26 novembre 1639 (célébration du mariage) 1406, 1570
— (mariages secrets et *in extremis*) . . 1408, 1439, 1847
Ord. de 1667 (preuve du mariage). 1407
Déclaration du 1er février 1669 (mariage des réformés). 1413
Arrêt de règlement du 18 février 1677 (épreuve du congrès). . . . 1386, 1433
Edit de novembre 1680 (diversité de religions) 1404, 1556
Ord. 15 décembre 1681 (mariage des militaires) 1496
Edit d'août 1683 (diversité de religions) 1404
Déclaration 16 juin-6 août 1685 (mariage des Français à l'étranger) 1602
Ord. du 6 avril 1686 (mariage des militaires). 1496
Déclaration du 6 août 1686 (absence des parents). 1402
Arrêt de règlement du 27 août 1692 (sommations respectueuses). . 1402, 1509
Edit de mars 1697 (sommations respectueuses) 1402, 1499
— (célébration du mariage) 1406, 1588
— (mariages *in extremis* et mariages des morts civils) 1408, 1439
Ord. du 13 septembre 1713 (mariage des militaires). 1496
Edit de mars 1724 (différence de couleur) 1554
Déclaration du 24 mai 1724 (absence des parents). 1402
Ord. du 24 mai 1728 (mariage des militaires) 1496
Ord. du 9 avril 1736 (preuve du mariage) 1407
Ord. du 24 janvier 1769 (mariage des militaires). 1496
Déclaration du 15 mars 1778 (diversité de religions) 1401
Arrêt du Conseil du 5 avril 1778 (différence de couleur) 1555
Arrêt de règlement du 28 avril 1778 (oppositions). 1628
Edit du 28 novembre 1787 (mariage des réformés). 1413
Ord. du 1er juillet 1788 (mariage des militaires). 1496
Décret des 13-19 février 1790 (mariage des ecclésiastiques). 1560, 1561
Constitution des 3-17 septembre 1791 (sécularisation du mariage) . 1414, 1423, 1560
L. 28 septembre-16 octobre 1791 (différence de couleurs). 1555
L. 7-16 août 1792 (mariage des ecclésiastiques) 1560
L. 17 et 18 août 1792 (mariage des ecclésiastiques) 1563
L. 20-25 septembre 1792 (compétence de l'officier de l'état civil et célébration du mariage) 1414, 1423, 1588, 1597, 1599, 1602, 1662
L. 20-25 septembre 1792 (validation des mariages célébrés par les prêtres réfractaires) 1415
L. 20-25 septembre 1792 (empêchements de mariage). 1416, 1464, 1536, 1560, 1628
— (âge de la puberté). 1435
— (consentement des parents). 1451, 1499
— (publications) 1569, 1573
L. 17-21 décembre 1792 (mariage des ecclésiastiques). 1560
L. 8 mars 1793 (mariage des militaires) 1496
L. 19-27 juillet, 12 août et 17 septembre 1793 (mariage des ecclésiastiques) 1560
Décret des 19-29 juillet 1793 (mariage des ecclésiastiques). 1560

Numéros

L. 3 octobre 1793 (mariage des ecclésiastiques) 1563
L. 25-30 brumaire an II (mariage des ecclésiastiques) 1560
L. 9 nivôse an II (mariage des ecclésiastiques) 1563
L. 17 nivôse an II (devoir de secours) 2137
Décret du 22 germinal an II (célébration du mariage 1589, 1590
L. 14 floréal an II (empêchements de mariage) 1416
L. 15 pluviôse an VIII (enfants admis dans les hospices) 1482
Arrêté du 7 thermidor an VIII (publications) 1572
Concordat 23 fructidor an IX (mariage des ecclésiastiques). 1568
L. 18 germinal an X (célébration du mariage). 1418
— (mariage des ecclésiastiques) 1561, 1562
L. 18 floréal an X (publications) 1572
L. 25 ventôse an XI (acte de consentement à mariage) 1488
— (actes respectueux) 1512. 1522, 1527
Arrêté du 20 prairial an XI (dispenses d'âge, de parenté ou d'alliance, de publications). 1437, 1542, 1573, 1585
Décret 3 messidor an XII (mariage des ecclésiastiques). 1563
L. 15 pluviôse an XIII (enfants trouvés) 1482
Avis C. d'Etat 17 germinal an XIII (remise des pièces). 1585
Avis C. d'Etat 27 messidor-4 thermidor an XIII (preuve du décès ou de l'absence des ascendants) 1460, 1461, 1470, 1478, 1502
Avis C. d'Etat 2e-4e jours complém. an XIII (mariage des militaires et des étrangers en France) 1588, 1590, 1615
Avis C. d'Etat 19-30 mars 1808 (publications et irrégularité des actes de l'état civil) 1570, 1586
Avis C. d'Etat 23 avril 1808 (mariage du grand-oncle et de la petite-nièce). 1540
Décision de l'Empereur du 7 mai 1808 (mariage du grand-oncle et de la petite-nièce) 1540
Décret 16 juin 1808 (mariage des militaires). 1496, 1497, 1858
Décret 3 août 1808 (mariage des militaires) 1496, 1497
Décret 28 août 1808 (mariage des militaires). 1496, 1497
Décision ministérielle 12 octobre 1808 (mariage des militaires) . . 1496
Avis C. d'Etat 22 novembre-31 décembre 1808 (mar. des militaires). 1496
Décret 18 février 1809 (mariage des ecclésiastiques). 1564
Décret 17 mai 1809 (constitution de majorat par la femme mariée). 2293
L. 20 avril 1810 (droits du ministère public en matière de mariage). 1648, 1705, 1816, 2021
Charte de 1814 (mariage des ecclésiastiques). 1561
L. 28 avril 1816 (droits fiscaux de dispenses). 1437, 1542
L. 15 mai 1818 (droits fiscaux de dispenses) 1437
Avis Comité de législation 28 décembre 1823 (publications) 1578
L. 24 mai 1825 (mariage des ecclésiastiques). 1564
Ord. 24 février 1831 (différence de couleur) 1555
L. 11 avril 1831 (obligation alimentaire) 2107, 2110
L. 18 avril 1831 (obligation alimentaire). 2107, 2110
Ord. 27 décembre 1831 (mariage des militaires) 1496
L. 16 avril 1832 (dispenses de parenté et d'alliance). 1541
L. 24 avril 1833 (différence de couleur). 1555

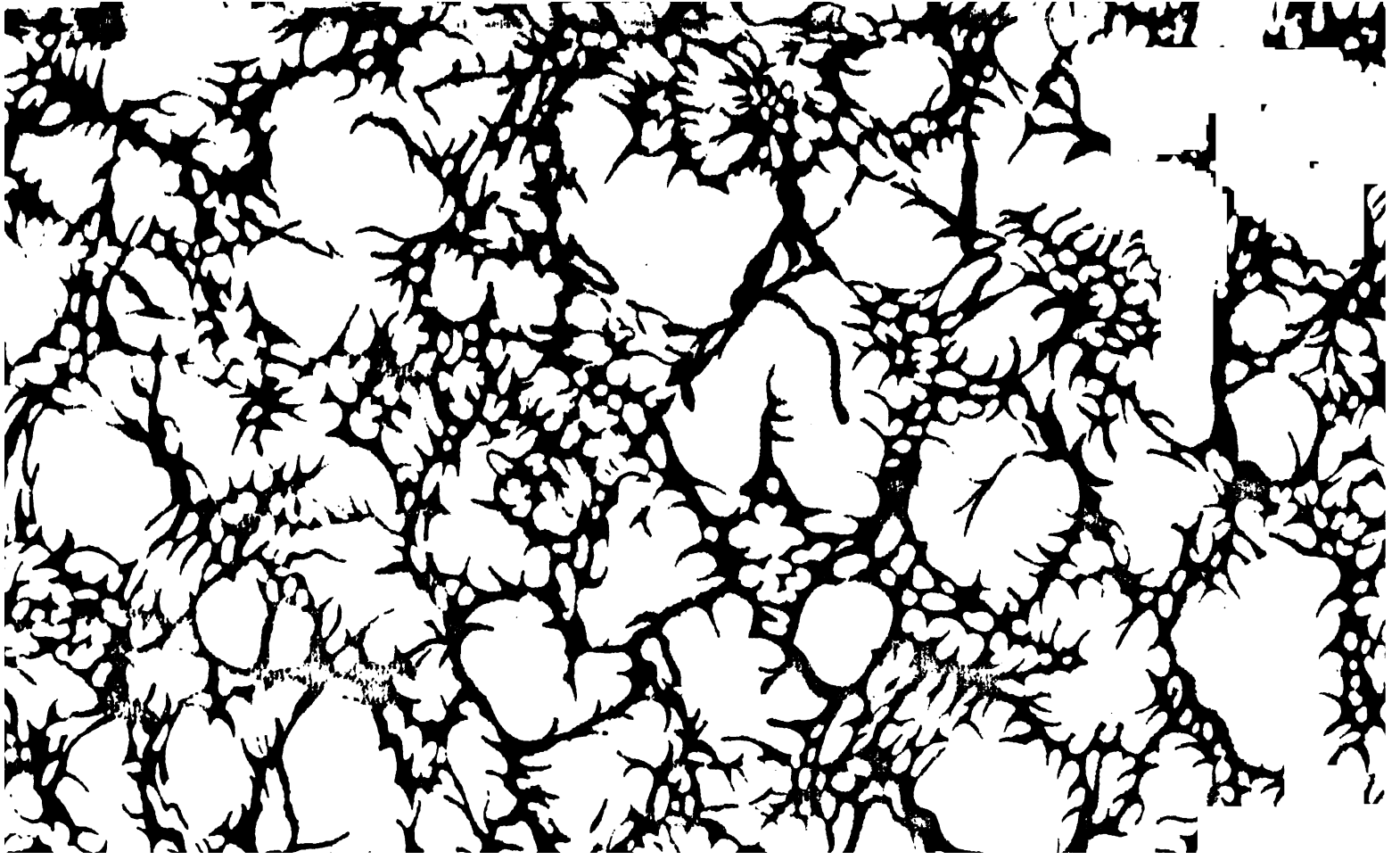
Numéros

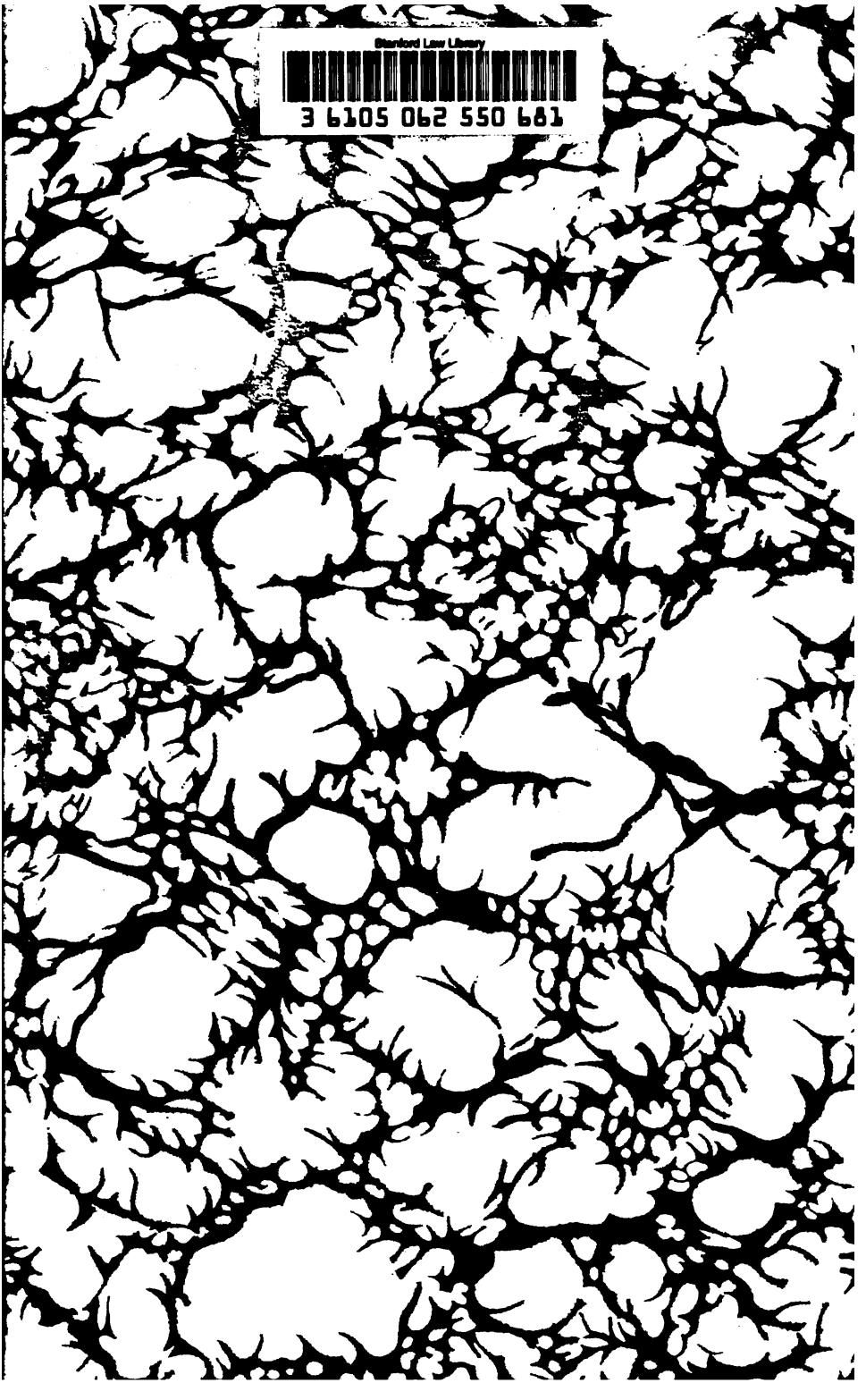
Ord. 23 octobre 1833 (mariage des Français à l'étranger) . . . 1436, 1602, 1607, 1608, 1612
L. 19 mai 1834 (obligation alimentaire). 2107, 2110
Avis C. d'Etat 16 mars 1836 (mariage des militaires) 1496
L. 25 mai 1838 (obligation alimentaire). 2111
L. 30 juin 1838 (aliénés placés dans un établissement) 1464, 2284, 2285
L. 21 juin 1843 (actes respectueux). 1512
Décrets 4 mars et 27 avril 1848 (différence de couleur). 1555
L. 18 juillet 1850 (certificat relatif au contrat de mariage). 1585, 1598
L. 10-18 décembre 1850 (mariage des indigents). 1437, 1523, 1587
Décret 23 mars 1852 (mariage des militaires). 1496
Décret 12 juin 1852 (mariage des militaires). 1496
L. 9 juin 1853 (obligation alimentaire). 2107, 2110
Décret 1er mars 1854 (obligation alimentaire). 1496
L. 30 et 31 mai 1854 (mariage des condamnés). 1559, 1696, 2384
L. 31 mai 1854 (obligation alimentaire). 2075
Décret 24 mars 1866 (mariage des condamnés transportés aux colonies). 1559
Règlement 7 novembre 1866 (mariage des militaires). 1496
L. 28 février 1872 (droits fiscaux de dispenses) 1437
L. 21 novembre 1872 (jury). 1560
L. 25 mars 1873 (mariage des déportés) 1559
Décret 31 août 1878 (capacité de la femme déportée concessionnaire de terrains dans une colonie pénitentiaire) 2226
Décrets 29 mars 1880 (mariage des ecclésiastiques). 1563
L. 28 mars 1882 (instruction primaire et devoir d'éducation) . . 2012, 2016, 2407
L. 27 juillet 1884 (séparation de corps et divorce). 2124
L. 20 juillet 1886 (capacité de la femme mariée pour les versements à la caisse nationale des retraites). 2226i
L. 18 novembre 1887 et décret du 27 avril 1889 (capacité de la femme mariée pour le règlement de ses funérailles). 2221
Arrêté 26 juin 1888 (mariage des militaires). 1496
L. 15 juillet 1889 (mariage des militaires). 1496
L. 24 juillet 1889 (déchéance de la puissance paternelle). 1465 à 1468, 1482, 1484, 2002, 2016
L. 9 mars 1891 (droits du conjoint survivant et devoir de secours). 2041, 2061, 2139 à 2156
L. 6 février 1893 (nom de la femme divorcée). 1921, 2114
— (incapacité de la femme séparée de corps) 2176, 2180
L. 8 juin 1893 (actes de consentement à mariage). . . . . 1489 à 1491, 1569
— (autorisation maritale). 2233
— (compétence relativement à la célébration du mariage). 1592, 1609, 1610, 1611, 1612
Décret 19 avril 1894 (mariage des fonctionnaires des services diplomatique et consulaire) 1498, 1858
Décret 18 janvier 1895 (capacité de la femme transportée concessionnaire de terrains dans une colonie pénitentiaire). 2225
L. 20 juillet 1895 (capacité de la femme mariée pour les versements aux caisses d'épargne). 2226i

Numéros

L. 20 juin 1896 (modificative de certains articles du Code civil) . . 1456, 1460, 1461, 1469, 1470, 1488, 1490, 1499, 1500, 1502, 1505, 1587, 1659
L. 17 août 1897 (acte de naissance des futurs époux et acte de mariage) 1583, 1601
L. 1er avril 1898 (sociétés de secours mutuels) 2222
L. 15 février 1899 (remise des exploits) 1520, 1656
Décret 26 novembre 1899 (procédure des questions d'état en appel). 1707
L. 1er juillet 1901 (associations et congrégations) 1564
L. 29 novembre 1901 (mariage entre un Français et une étrangère). 1607 *bis*, 1612
Décret 29 décembre 1901 (mariage entre un Français et une étrangère) . . . . . 1607 *bis*
L. 15 février 1902 (protection de la santé publique) 2010
L. 12 août 1902 (actes notariés) 1512
L. 27 juin 1904 (enfants assistés) 1468
L. 15 décembre 1904 (abrogation de l'art. 298 C. civ.) 1553, 1630, 1861
L. 21 mars 1905 (mariage des militaires) 1496, 1560
L. 12 juillet 1905 (justices de paix) 2111, 2299, 2303, 2306
L. 9 décembre 1905 (séparation des Eglises et de l'Etat) . . . . 1418, 1560 et suiv.
L. 18 décembre 1906 (enfants assistés) 1468
L. 27 mars 1907 (conseils de prudhommes) 2299, 2300, 2303
L. 21 juin 1907 (modificative de certains articles du Code civil) . . 1448, 1449, 1451, 1454, 1455, 1456, 1467, 1470, 1479, 1480, 1481, 1482, 1497, 1499 à 1533, 1567, 1568 à 1582, 1588 à 1590; 1601, 1603, 1611, 1631, 1632, 1773, 1791, 1792 à 1794, 1859, 1862
L. 2 juillet 1907 (puissance paternelle et tutelle des enfants naturels) . . . . . 1479 s., 1713
L. 13 juillet 1907 (libre salaire de la femme mariée et contribution des époux aux charges du ménage). 2129 à 2129 *quinquies*, 2134, 2196, 2203, 2226-I à 2226-XIX, 2247, 2253, 2267 *bis* et *ter*, 2268, 2269, 2269 *bis* et *ter*, 2270, 2271, 2276, 2277 *bis*, 2278, 2329, 2338
L. 13 juillet 1907 (délai de viduité) . . . . . 1553, 1861, 2386, 2387 à 2389

30,692. — Bordeaux, Y. Cadoret, impr., rue Poquelin-Molière, 17.




Stanford Law Library
3 6105 062 550 681